

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

YURI DE OLIVEIRA DANTAS SILVA

**ANULAÇÃO E CONTROLE DAS NORMAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

VITÓRIA/ES

2016

YURI DE OLIVEIRA DANTAS SILVA

**ANULAÇÃO E CONTROLE DAS NORMAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal do
Espírito Santo, como requisito
parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito na área de
concentração Processo, Constituição
e Justiça

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés
Moussallem

VITÓRIA/ES

2016

YURI DE OLIVEIRA DANTAS SILVA

**ANULAÇÃO E CONTROLE DAS NORMAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Processo, Constituição e Justiça.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem

Universidade Federal do Espírito Santo

Orientador

Prof. Dra. Cristiane Mendonça

Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil

Faculdade de Direito de Vitória

Dedico este trabalho a meu avô Deusnar Barcellos Silva (In memoriam) e a toda minha família e amigos, pelo apoio nessa trajetória.

Agradecimentos

Muitas foram as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para este trabalho. Sou muito grato a todos vocês.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pela vida.

À minha família inteira. Meu pai, José Guilherme, pela garra; minha mãe, Lúcia Helena, por todo o amor; e minhas irmãs, Mariana, por ser tão meiga e carinhosa e Lorena, alheia ao mundo, mas dotada de alegria e pureza contagiantes. À Néia, por me “aguentar” desde 01 ano de idade. Agradeço ao meu avô Dedê, que nos deixou um forte legado ético. Muito obrigado, vô!!! Às minhas avós Daize e Nina (*In memoriam*) e avô Zezinho.

À UFES, instituição que nutro um profundo carinho.

À FAPES, pela bolsa de estudos.

Aos meus amigos do Mestrado em Direito da Ufes, especialmente: Andreza, João Calmon, Marlon, Petruska e Elias. Obrigado pelos debates e diversão!!! Ao amigo Júlio César, pelo material e pelas ideias trocadas desde o início da Graduação na UFES. Aos amigos do tênis: Marcelo, Peixão, Ivanzinho, Fraga e Lema. Aos amigos advogados: Camilo, Isaque, Sandro e Stephan.

A todos os colegas do grupo de estudos de lógica jurídica, especialmente Camila.

Ao Professor Tárek Moussallem, meu amigo e quem me fez gostar do Direito. Às irmãs Cristiane e Christine Mendonça por sempre serem tão solícitas comigo. Ao Professor Lucas Galvão, pelas dicas valiosas e por sempre me atender. Ao professor José Pedro Luchi, meu orientador na Graduação. Ao professor Maurício Abdalla, pelas lições de Teoria do Conhecimento e por abrir as portas de sua sala às minhas inquietações. Ao professor João Maurício Adeodato, por me ajudar a desconstruir o constrangedor conceito de “verdade”. Ao Professor Samuel Meira Brasil, por sugar até a última gota de meu conhecimento na banca e pelas dicas valiosas para o aprimoramento do trabalho.

“Digam de mim tudo quanto queiram (pois não ignoro como difamam a loucura até os que mais são loucos), eu, somente é que, pela minha influência divina, mergulho na alegria deuses e homens.” (Elogio da Loucura – Erasmo de Roterdã)

RESUMO

O sistema de direito positivo, a partir da perspectiva adotada, possui forma piramidal (Kelsen), onde uma norma jurídica busca seu fundamento de validade em outra norma jurídica, que é superior hierarquicamente. Então surge o problema: os enunciados prescritivos que perdem o seu fundamento de validade não pertencem mais ao atual sistema de direito positivo? Esse problema é analisado pelo método do constructivismo lógico-semântico, com uma perspectiva normativa, especificamente HANS KELSEN, LOURIVAL VILANOVA, PAULO DE BARROS CARVALHO. Analisamos a norma de anulabilidade criada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dado que essa norma retira a validade da norma anulada, as normas que buscaram seu fundamento de validade nessa norma anulada continuam válidas? Para responder ao problema foram testadas as seguintes hipóteses: i) a norma sem fundamento de validade não pertence mais ao sistema de direito positivo, logo, há uma expulsão automática; ii) a norma integrante do sistema de direito positivo pode ser considerada nula desde o início, sendo irrelevante ela ter ou não fundamento de validade, pois ela jamais pertenceu ao sistema; iii) a norma sem fundamento de validade continua pertencente ao sistema. Testadas as hipóteses vislumbrou-se que a norma jurídica continua válida mesmo com a perda de seu fundamento de validade. As normas individuais e concretas que perdem seu fundamento de validade por meio da norma de anulabilidade criada em sede de ADI estão em: prazo recursal, suscetíveis a Ação Rescisória, insuscetíveis à Ação Rescisória. As normas gerais e abstratas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada continuam válidas pois a norma apenas é retirada de maneira expressa do sistema de direito positivo. Admitir a tese contrária é admitir que o intérprete retira a norma pela sua interpretação, o que nos faria cair em reprovável confusão entre os planos do objeto e o plano do cientista; cisa que permeia todo o trabalho.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fundamento de validade. Norma jurídica. Sistema de direito positivo. Constructivismo lógico-semântico.

ABSTRACT

The positive law system, from the perspective adopted, has the pyramidal structure (Kelsen), where a norm seeks its foundation of validity in other legal norm, which is higher hierarchically. Then the problem comes: the prescriptive statements that lose their foundation of validity no longer belong to the current positive law system? This problem is analyzed by the method of logical-semantic constructivism, with a normative perspective, specifically based on HANS KELSEN, LOURIVAL VILANOVA and PAULO DE CARVALHO BARROS. We analyze the nullity norm created by the Supremo Tribunal Federal in the Direct Legal action of Unconstitutionality. If this norm removes the validity of the annulled norm, the norm that seek its foundation of validity in this annulled norm remain valid? To answer the problem these hypotheses were tested: i) the norm baseless validity no longer belongs to the positive law system, so there is an automatic expulsion of this system; ii) the norm that belongs to the positive law system can be considered invalid from the beginning, and is irrelevant whether or not the foundation of validity because it never belonged to the system; iii) the norm without valid foundation remains belonging to the system. The hypotheses were tested and it was concluded that the norm of law remains valid even with the loss of its foundation of validity. The specific individual norms lose their foundation of validity by annulling norm created in ADI seat are in: judicial review term susceptible to rescissory action, not susceptible to rescissory action. The general and abstract norms that seek its foundation no validity in annulled norm remain valid because the standard is only explicitly removed from the positive law system. To admit the contrary position is to admit that the interpreter takes the norm for his act of interpretation, which would make us into reprehensible confusion between the planes of the object and the scientist's plan; division that permeates the entire work.

Key words: Direct Legal action of Unconstitutionality. Foundation of validity. Norm. The positive law system. logical-semantic constructivism.

Sumário

Introdução.....	14
1 – Considerações metodológicas: apresentação do problema, do objeto de estudos, das hipóteses a serem testadas, do objetivo e a justificativa do trabalho.....	14
2 – O nosso método: o constructivismo lógico-semântico e a apresentação do conceito de “norma jurídica”	16
2.1 – Linguagem e Realidade: esferas interseccionáveis	16
2.2 – Epistemologia: a linguagem é o conhecimento.....	19
2.3 - Corte metodológico: aproximação do objeto-formal de estudo.....	20
2.4 - Objeto-formal da Ciência do Direito: sua delimitação	22
2.5 - Semiótica: o estudo da linguagem.....	23
2.5.1 – O signo: relação triádica composta por suporte físico, significado e significação.	24
2.5.2 – O significado: seus elementos.	26
2.5.2.1 – Denotação e conotação	27
2.5.3 – Significação: o juízo formado pelo contato com o suporte físico ou conceito.	28
2.6 – Composição do documento normativo: enunciação-enunciada e enunciado-enunciado.....	29
2.7 – Do texto à norma: o sentido deôntico e o encontro com o dever-ser para se chegar à definição do conceito de “norma jurídica”	31
2.8 – Entre enunciado e proposição: o objeto de estudos do cientista do direito e como identificá-lo	33
3 – Organização do trabalho: a apresentação dos capítulos	35

PARTE I

CAPÍTULO I – Por uma teoria da norma jurídica. Sua estrutura lógica-sintática e o problema do fato jurídico ilícito: há ilicitude sem denotação?.....	36
1- Teoria da Norma Jurídica	36
1.1.1 – A hipótese normativa: os seus critérios, ou a sua conotação	37

1.2 - Brevíssimas notas sobre a Lógica dos Predicados Poliádicos: instrumento da Lógica para lidar com a Relação entre os signos.....	41
1.3 - Norma primária sancionadora e dispositiva	46
1.4 - Norma secundária: a norma que prevê a consequência ante o descumprimento da norma primária.....	47
1.5 - Norma primária sancionatória e norma secundária: sanções primárias e secundárias; ilícitos primários e secundários.....	50
1.6 - Normas abstratas e concretas, gerais e individuais.....	51
1.7 - Conotação e denotação do antecedente das normas jurídicas: o problema do fato jurídico.....	53
1.8- O efeito do fato jurídico é a relação jurídica. A (ir)retroatividade da relação jurídica: seus efeitos no tempo.....	54
1.9 – Quando a determinada conduta é proibida: a importância da sanção para o sistema de direito positivo.....	58
1.10 – O fato jurídico ilícito primário e secundário: a relação jurídica processual como pressuposto da sanção secundária.....	60
1.11 - Entre norma de conduta e norma de estrutura: os respectivos consequentes normativos. Por uma distinção entre sanção e nulidade.....	62

CAPÍTULO II - O sistema de direito positivo: sua estrutura escalonada e o problema da validade das normas jurídicas. As dimensões semióticas do sistema de direito posto: fechamento sintático e abertura semântica e pragmática.

2.1 - Dimensões semióticas do ordenamento jurídico: o fechamento sintático e a abertura semântica e pragmática.....	69
2.2 - Uma noção preliminar de sistema de direito positivo: construindo o seu conceito.....	77
2.3 - Sistemas reais e proposicionais, ou só proposicionais? A “extralinguagem” como um critério fraco para distinção entre sistemas.	81
2.4 - O sistema e a teoria das classes	86

2.5 - A grande dicotomia kelseniana: sistemas estáticos e sistemas dinâmicos. O direito como um sistema dinâmico.	89
2.6 - “Ordenamento jurídico” e “sistema de direito positivo”: a definição de seus conceitos e tentativa de reduzir as ambiguidades que permeiam esses símbolos.....	93
2.7 - A unidade do sistema de direito positivo e a cadeia de validade: os dois critérios kelsenianos de identificação (ou individualização)	97
2.8 - O direito como sistema lógico-dedutivo? Os problemas decorrentes da adoção de tal modelo.....	105
2.9 - A norma fundamental: pressuposto epistemológico e fundamento de validade da Constituição-positiva.....	107
2.10 - O problema da “validade” das normas jurídicas: validade como relação de pertinência com o sistema de direito positivo e o nosso critério de pertinência. O quê faz o enunciado prescritivo pertencer ao sistema de direito positivo?	111
2.11 - A validade e o percurso de geração de sentido deôntico (percurso para a construção da norma jurídica): é correto o juízo implicacional “se for validade do texto normativo, então deve ser a validade da norma”?	117
2.12 – A vigência: o intervalo de subsunção. A eficácia: produção de efeitos.	120
2.13 - O problema da hierarquia normativa: quando há uma relação de hierarquia?	125

PARTE II

Capítulo III – O documento normativo “Constituição Federal” e o Controle Concentrado de Constitucionalidade. O problema do controle da produção normativa, ou, o controle do produto normativo.

3.1 – O instrumento introdutor “Constituição Federal”. Nosso conceito e a resposta à pergunta: por que a sua superioridade hierárquica?	128
---	-----

3.2 – A inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material: análise a partir do suporte físico.....	135
3.3 - Teoria da nulidade e teoria da anulabilidade: breve comparação entre os dois modelos e a aproximação entre ambos.....	140
3.4 - O controle de constitucionalidade: notas distintivas entre as normas de inconstitucionalidade criadas em sede de controle difuso e em sede de controle concentrado (especificamente de ADI)	145
3.5 - O Supremo Tribunal Federal e as técnicas de declaração de inconstitucionalidade: mais uma vez a diferença entre suporte físico e norma jurídica	152

CAPÍTULO IV – A norma de anulabilidade criada pelo STF em sede de ADI: sua estrutura lógica e os seus efeitos sobre normas jurídicas que foram criadas com base na norma anulada..... 155

4.1 - O conceito de ADI e as características das normas jurídicas que podem ser controladas em sede de controle concentrado.	155
4.2 - O problema da “recepção” das normas pela Constituição: as normas “recepcionadas” já deixaram de pertencer ao sistema de direito positivo inaugurado com a Constituição Federal?.....	162
4.3 - A norma de inconstitucionalidade: a sua estrutura lógica.	166
4.4 - Veículo introdutor e norma introduzida: o fato ilícito em cada norma; inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material.	168
4.4.1 - A consequência da anulabilidade: os efeitos ex tunc e ex nunc... ..	169
4.5 – O conseqüente da norma de inconstitucionalidade (ADI) é uma relação jurídica processual?	171
4.6 - As normas jurídicas criadas com a norma de anulabilidade do STF: o efeito vinculante e a eficácia erga omnes.	173
4.7 – As normas que buscaram fundamento de validade na norma anulada: uma análise das normas individuais e concretas e normas gerais e abstratas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada.....	177

4.7.1 – Normas individuais e concretas que perdem seu fundamento de validade: essas normas permanecem no sistema? O problema da coisa julgada.	177
4.7.2 – Normas gerais e abstratas que buscam seu fundamento de validade na norma anulada.....	187
CONCLUSÃO	191
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	194

Introdução

1 – Considerações metodológicas: apresentação do problema, do objeto de estudos, das hipóteses a serem testadas, do objetivo e a justificativa do trabalho.

A linguagem, contemporaneamente, ganhou papel central na maneira como se desenvolvem Ciência e Filosofia, não sendo nenhum exagero afirmar que ambas reduzem-se à linguagem. Houve uma cisão radical que ocorreu com o advento do Giro Linguístico: antes o modelo predominante era o da Filosofia da Consciência, no qual o sujeito era o alvo central de investigações; após, o modelo foi alterado para pôr em evidência a Linguagem em todas as suas manifestações. Eis a Filosofia da Linguagem¹. É dentro deste paradigma que estamos inseridos e trabalharemos.

O direito objeto se manifesta em linguagem na sua função prescritiva. Seu vetor semântico aponta para condutas humanas descritas na hipótese normativa. Desta feita, tomaremos o direito como o conjunto de enunciados prescritivos expedidos por autoridades credenciadas pelo sistema de direito positivo. Desses enunciados prescritivos constrói-se, em plano intelectual, a significação. Quando a significação preenche a estrutura implicacional “se..., então...”, tem-se a norma jurídica. De um enunciado pode-se construir mais de uma norma jurídica; de vários enunciados prescritivos pode-se construir apenas uma norma jurídica. A forma implicacional é que deve estar revestida.

O sistema de direito positivo é uma construção intelectual, assim como a norma jurídica, mas com estrutura diferente. No sistema de direito positivo as normas jurídicas se organizam mediante laços de subordinação e coordenação. Subordinação e coordenação se manifestam porque o sistema de direito

¹“Em comentário ligeiro, o *Tractatus lógico-philosophicus* é marco decisivo na história do pensamento humano. Até Kant, a filosofia do ser; de Kant a Wittgenstein, a filosofia da consciência; e de Wittgenstein aos nossos dias, a filosofia da linguagem, com o advento do ‘giro linguístico’ e de todas as implicações que se abriram para a teoria da comunicação”.(CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**.4.ed.São Paulo: Noeses. 2011. p. 25)

positivo obedece a uma estrutura hierárquica. Norma superior estabelece forma e matéria de norma inferior. Assim, as normas inferiores buscam seu fundamento de validade em normas superiores. Dizer que uma norma é superior hierarquicamente quer dizer que ela autoriza a promulgação de outras normas e que essas normas produzidas são inferiores também hierarquicamente; determina como se deve proceder para produzir os enunciados prescritivos. Dessa maneira, teremos que, necessariamente, uma norma sempre é criada por outra, que lhe é hierarquicamente superior. Mas o que ocorre com a norma inferior (criada) quando essa norma superior (criadora) é expulsa do sistema de direito positivo? Analisaremos essa problemática a partir da norma de anulabilidade criada em sede de ADI. Ou seja, a norma anulatória propaga seus efeitos para as normas que foram criadas com fulcro na norma anulada? Assim, construímos nossa **problemática central**: qual é o efeito que a norma de anulabilidade criada em sede de ADI produz perante as normas que foram criadas com fulcro nessa norma anulada? Podemos analisar o problema central por outra perspectiva: o sistema de direito positivo comporta normas que tenham perdido seu fundamento imediato de validade?

Para responder ao questionamento, o direito objeto será analisado sob o prisma normativista. As **matrizes teóricas** residem em HANS KELSEN, LOURIVAL VILANOVA e PAULO DE BARROS CARVALHO.

O **objeto** do presente trabalho é o conjunto de enunciados prescritivos e válidos. A pergunta colocada é de Teoria Geral do Direito, mas com um viés de Direito Constitucional.

Para responder à questão principal, problemas preliminares devem ser resolvidos, pois estes influenciam diretamente na solução daquela, que é a principal. Assim, estas são as **hipóteses** testadas à solução do problema: i - a norma de anulabilidade criada pelo STF não gera nenhum efeito sobre as normas constituídas com fulcro na norma anulada; ii - a norma de anulabilidade extingue, por si só, essa norma constituída com base na norma anulada; iii - se a norma foi anulada com efeitos *ex tunc*, significa que ela nunca foi válida, logo, não é válida a norma anulada e nem os seus efeitos.

O **objetivo** do trabalho é analisar, do ponto de vista proposto, a coerência interna do sistema de direito positivo entre as normas jurídicas, com seus laços de subordinação e coordenação. Existe essa coerência ou estaríamos nós (cientistas e aplicadores) perante um caos normativo?

A **justificativa teórica** aí reside: o constructivismo lógico-semântico, ora visto como método, ora visto como escola, fornece um arcabouço teórico muito rico e sólido. Tal abordagem visa “amarrar” os enunciados que compõem o trabalho da maneira mais lógica possível. Assim, pretendemos fazer Ciência, cujo resultado da investigação seja fiel ao método proposto.

A **justificativa prática** está na importância de os operadores do direito, diante de uma gama de normas de declaração de inconstitucionalidade (ou seja, normas que anulam outras normas), saberem como se portar diante dos efeitos perpetuados pela norma que fora anulada. Como o prático do direito lida apenas com normas válidas, é fundamental saber se estas fazem parte de seu objeto de estudos ou se são anuladas juntamente com a norma que foi anulada em sede de controle de constitucionalidade.

Pois bem, para analisar nosso objeto de estudos e o problema inerente ao mesmo, como estamos diante de uma pesquisa científica, pressupõe-se a utilização de um método. A seguir, serão expostas as linhas mestras que norteiam nosso método. Com elas chegaremos ao conceito de norma jurídica, a partir do constructivismo linguístico.

2 – Nosso método: o constructivismo lógico-semântico e a apresentação do conceito de “norma jurídica”.

2.1 – Linguagem e Realidade: esferas interseccionáveis.

É recente, na história do pensamento humano, a distinção realizada entre as palavras e as coisas, ou entre linguagem e realidade. Durante muito tempo, acreditava-se que havia uma relação natural entre as palavras e aquilo que

elas representavam², de maneira que um mau uso da palavra poderia gerar consequências diretas sobre a coisa representada³.

NINO, citando CARNAP, chama a essa ideia “concepção mágica da linguagem” e nos oferece um exemplo que esclarece bem a dificuldade natural do homem em entender que a linguagem não toca a realidade:

“CARNAP diz que a criança que começa a falar sente-se inclinada a supor que as palavras que usa para se referir às coisas são as naturalmente apropriadas para isso, enquanto outras expressões, por exemplo, as de idiomas estrangeiros, são erradas ou estrambóticas. O adulto é mais tolerante com o fato de outros povos denominarem as mesmas coisas com outras palavras, porém, de qualquer modo, conserva-se sempre a impressão inconsciente de que o natural é chamar ‘casa’, e não ‘house’ ou ‘maison’, ao que na realidade é uma casa.”⁴

A ideia de que o significado das palavras é determinado pela realidade, como se fosse o reflexo de algum aspecto dela, ganhou legitimação filosófica com o “essencialismo”. Segundo essa tradição filosófica que, de acordo com os relatos predominantes (vencedores), teve início com Platão, há um único e verdadeiro significado das expressões da linguagem, que deve ser buscado com a análise de uma realidade não empírica. Em outras palavras, buscava-se a essência daquela coisa e a palavra seria um instrumento entre o sujeito e a coisa a ser designada.

Foi com o advento do movimento filosófico denominado “Giro Linguístico”⁵ que a linguagem ganhou importância central em todo o cenário filosófico e

² HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Madrid: Alianza Editorial, 1976. p.17.

³ “Na cosmovisão da humanidade primitiva, o nome faz parte do ser dos objetos, talvez da alma, e só uma cuidadosa proteção pode afastá-lo do perigo espreitante.[...]Observa um autor que os índios norte-americanos ‘consideram seu nome como uma parte definida de sua personalidade, a mesmo título que seus olhos e seus dentes, e creem que a manipulação mal-intencionada de seu nome lhes pode causar tanto dano como uma ferida em qualquer parte do corpo’”(SIMPSON, Thomas Moro. **Linguagem, realidade e significado**. trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Edusp, 1976. p.25)

⁴ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 293.

⁵ De acordo com SCAVINO “Una de las premisas a partir de las cuales puede pensarse el "giro lingüístico" fue propuesta por Ludwig Wittgenstein en su *Tractatus*: el lenguaje y el mundo son coextensivos, los límites de uno son exactamente los límites del otro. O dicho de outro modo: mi mundo es mi lenguaje. La otra premisa podríamos encontrarla en Martin Heidegger y dice así: El hombre no habla el lenguaje sino que "el lenguaje habla al hombre", de manera que

científico. As relações linguagem/realidade e linguagem/conhecimento sofrem um grande abalo. Se antes a linguagem era um meio, um instrumento para se transmitir o conhecimento, agora ela é um fim, ou seja, o conhecimento mesmo é um plexo de enunciados. No que tange à relação linguagem/realidade, essa é artificial. Os nomes, dessa forma, não mais “surtem” da “essência” da coisa, mas, sim, de uma tomada de posição arbitrária de quem as nomeia.

A linguagem e a realidade física são duas esferas independentes entre si, sem nenhum tipo de relação, de modo que a linguagem não possui qualquer propriedade que possa vir a interferir na realidade física. Em outras palavras: *a linguagem não toca a realidade*. Se isso ocorresse, cada coisa do mundo físico teria um nome individual. GUIBOURG, GUARINONI e GHEGLIANI, quando tratam da relação da palavra com o seu significado, explicitam:

“Cuando aprendemos El nombre de una cosa, entonces, no aprendemos algo acerca de la cosa, sino sobre las costumbres lingüísticas de cierto grupo o pueblo: El que habla el idioma donde esse nombre corresponde a esa cosa. Estas costumbres pueden cambiar, y de hecho cambian muy a menudo a través del tiempo. Decimos entonces que las cosas cambian de nombre, pero sería más riguroso decir que nosotros cambiamos El modo de nombrar esa cosa.”⁶

Neste ponto, pensamos, está clara a distinção entre as palavras e as coisas. Nesse sentido, JOHN HOSPERS assevera:

“[...] las palabras son signos ‘arbitrarios’ (arbitrarios porque se podría haber utilizado exactamente otro sonido), que se convierten en signos convencionales una vez que los han adoptado los usuarios del lenguaje. Los significados de las palabras no han sido descubiertos sino asignados.”⁷

lejos de dominar unalengua, como suele decirse, una lengua domina nuestro pensamiento y nuestras prácticas.”(SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual**. *Pensar sin certezas*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1999. pp. 1-2)

⁶ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p. 34-35

⁷ HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Madrid: Alianza Editorial, 1976. p. 17.

Assim, clara está a falta de correspondência entre linguagem e realidade. O relato de que linguagem e objetos físicos possuem algum tipo de relação não é legitimado pela Filosofia da Linguagem.

2.2 – Epistemologia: a linguagem é o conhecimento.

A realidade é um caos de sensações⁸, ou um caos empírico. O sujeito cognoscente habita esse caos, que é um conjunto de sensações que o homem experimenta ao longo de sua existência. Através dos seus sentidos é que o homem tem acesso à realidade e é por meio de sua linguagem que ele atribui sentido a essa realidade.

De uma sucessão desenfreada de eventos não existem fatos puros, aqueles sem relação com os demais, à espera do sujeito cognoscente. É o sujeito cognoscente quem constrói o fato, o que apenas se torna possível por meio da linguagem. Ele constrói o objeto (fenômeno) por meio de suas condições da experiência (idealismo transcendental)⁹. Nesse sentido, assevera ADEODATO:

“O conhecimento nem é transcendente, nem imanente, mas sim transcendental. Isso significa que a experiência dos eventos é indispensável, mas só ocorre por meio dos constrangimentos imanentes ao próprio ser humano. O conhecimento do mundo externo é moldado pelo mundo interno e ambos são indissociáveis.”¹⁰

Assim, desse caos desordenado, o sujeito cognoscente, através de uma construção conceitual, de um ato intelectual, reveste aquele evento em linguagem para alçá-lo ao patamar de um fato, logo, ao nível do discurso, mas, como exposto acima, o revestimento do evento em linguagem está condicionado ao conhecimento prévio¹¹ que o sujeito cognoscente possui.

⁸ VILANOVA, Lourival. Teoria das formas sintáticas: anotações à margem da teoria de Husserl. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. v.1. p. 148.

⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 123.

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 28.

¹¹ Cumprir mencionar que GADAMER chama “preconceitos” os conceitos prévios que o sujeito cognoscente possui. E, antes de ser prejudicial à compreensão, ele é essencial, formando as

O que não for linguagem, bem como o que não estiver ao alcance da linguagem do sujeito cognoscente, torna-se insuscetível de revestimento linguístico, logo, inapto a ser alçado ao nível da comunicação. Dessa forma, não há conhecimento fora dos quadrantes linguísticos, uma vez que esta ganha plenitude no plano proposicional.

Assim, o conhecimento científico resultado de um processo comunicacional, somente se torna possível em virtude da linguagem. Os elementos que compõem o conhecimento são: I – o sujeito cognoscente, ou o sujeito que conhece a realidade circundante; II – o objeto, aquilo que se pretende desvelar¹²; III - a proposição, como estrutura que declara que o conceito-predicado vale para o conceito-sujeito¹³, ou, proposição assertiva. Esse processo é precedido por um método adotado arbitrariamente pelo sujeito cognoscente.

2.3 - Corte metodológico: aproximação do objeto formal de estudos.

O sujeito cognoscente dirige-se a certa parcela da realidade e a secciona por meio da linguagem. Através deste ato intelectual, o cientista “corta” o mundo em pedaços. Ao ato de dirigir-se à realidade e abstrair certos elementos por meio da linguagem com o fim de estudá-los, dá-se o nome de corte metodológico. Esse corte suspende (em âmbito temático) da realidade um dado para fim de estudo; separa para fins de análise, não é uma separação física.

Desta maneira, o sujeito cognoscente constitui o seu objeto formal de estudos, produto de um corte abstrato sobre o objeto material. Este, o objeto material, não é a realidade disposta no mundo fenomênico, mas, sim a matéria

estruturas prévias da compreensão. Não há como conhecer se não houver juízos prévios, ou preconceitos. (GADAMER, **Hans-Georg. Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Petrópolis - RJ: Vozes, 2008. p.368-385.)

¹² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 9.

¹³ VILANOVA, Lourival. Lógica jurídica. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003.v.2. p.158.

reconstituída gnoseologicamente. A cada ciência corresponde um objeto formal¹⁴.

Assim, de um objeto material o cientista pode construir diversos objetos formais. Dito de outra maneira, um mesmo objeto material pode ser objeto de estudos de diversas ciências e, ao ser alçado ao nível de objeto de estudos, ele é constituído formalmente para ser investigado. Nesse sentido, expõe VILANOVA:

“Mas esse objeto material uno multiparte-se em diversos objetos formais. A partir do objeto material M cada feixe homogêneo de proposições constitui uma teoria T. Assim, temos teorias T', T'', T''''... constituintes de subdomínios O', O'', O'''..., justamente os objetos formais obtidos pelos cortes lógicos e epistemológicos de cada teoria.”¹⁵

A secção epistemológica constitutiva do objeto formal opera-se sobre a contextura total do objeto material de modo arbitrário e artificial. Assim, o ato de se cortar X e Y, ou tão-só Y e não X, é algo indiscutível, pois a secção é arbitrária e unilateral. Admitir-se-ia ou não. Dessa forma, o sujeito cognoscente, ao segmentar a realidade, constitui o objeto de estudos¹⁶. E o faz linguisticamente.

A análise do objeto formal se dá por meio de um método, como exposto mais acima. Essa aproximação é permeada pela linguagem. São leis que o cientista segue ao se aproximar do objeto de estudos. Essa é uma aproximação linguística.

Método é o conjunto de regras eleitas arbitrariamente pelo sujeito cognoscente para descrever o objeto de estudos. O resultado das investigações empreendidas pelo cientista deve ser refutado por resultados advindos do mesmo método.

¹⁴ SANTI, Eurico. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 24.

¹⁵ VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. v.2. p. 205

¹⁶ “Os objetos são construções semióticas. Os suportes da tipificação semiótica provêm do sistema de linguagem.” (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.9)

Os resultados aos quais o cientista chega ao trilhar esse caminho serão chamados de relatos. Alguns relatos são mais aceitos pela comunidade científica e pela comunidade em geral que outros. Os relatos mais aceitos serão predicados como vencedores, ao passo que os relatos que caem no ostracismo ou aqueles que não são aceitos, serão classificados como relatos perdedores. No presente trabalho o método adotado é o do construtivismo lógico-semântico.

2.4 - Objeto-formal da Ciência do Direito: sua delimitação.

O objeto formal da Ciência do Direito não se apresenta pronto, delineado ao Cientista, ele não se revela puro e simples. Como assevera LOURIVAL VILANOVA, a “purificação é produto de técnica conceptual, é construção metódica”¹⁷. O direito em sua ontologia complexa é cientificamente inapreensível¹⁸. Não conseguimos captar a essência do direito, fenomenologicamente falando.

No caso de uma ciência social, como o direito, a delimitação do objeto formal de estudos torna-se crítica, o que não ocorre em outras ciências, pois “há um comprometimento existencial do jurista teórico com o objeto”¹⁹. A evolução das ciências sociais foi muito lenta ao longo da história, pois o homem, demasiadamente comprometido com o objeto último do estudo que empreende, encontra dificuldade em tomar a distância adequada para examiná-lo com imparcialidade²⁰.

No presente trabalho, o direito positivo é que será o objeto de análise. Este objeto é vertido em linguagem em sua função²¹ prescritiva e visa ordenar

¹⁷ VILANOVA, Lourival. O conceito de direito. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003.v.1. p 47

¹⁸ SANTI, Eurico. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 27.

¹⁹ VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. v.2. p. 205

²⁰ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p.13.

²¹ Devido à função da linguagem em que se manifesta o direito positivo ser a função prescritiva, as ordens não são verdadeiras nem falsas, mas, sim, válidas ou inválidas.

condutas, seja mediata, seja imediatamente. Assim, o referente semântico do direito positivo é a conduta humana recepcionada por este mesmo sistema. Eis a opção epistemológica adotada no presente trabalho²².

Assim, o objeto formal de estudos, o direito positivo, é texto, logo, é um conjunto de signos linguísticos. Em virtude desse corte conceitual, no próximo tópico serão aplicadas noções de Semiótica para a análise do fenômeno linguístico objeto de estudos.

O que iremos fazer nos próximos tópicos é polir a ferramenta com a qual nós iremos dissecar o direito objeto. E essa ferramenta é a linguagem. Como dito antes, estamos nos trilhos da chamada Filosofia analítica.

2.5 - Semiótica: o estudo da linguagem.

O objeto formal de estudos seccionado para a análise no presente trabalho é um conjunto de textos vertidos na função prescritiva de ordenar condutas. Dito de outra forma: direito positivo é linguagem. Onde não houver linguagem em sua função prescritiva (logo, suscetível aos valores válido/inválido) de ordenar condutas, não há direito positivo. Ou, onde houver um vácuo linguístico, ou a “não-linguagem”, inexistente direito, para os fins propostos neste trabalho.

O ramo científico que estuda “linguagem” recebe o nome de Semiótica, ou Teoria Geral dos Signos. A Semiótica irá estudar os elementos representativos no processo de comunicação. O seu objeto, qual seja, a “linguagem” visa

²² Dentre as inúmeras opções epistemológicas que existem, é possível classificá-las em dois grandes grupos: os jusnaturalistas e os juspositivistas. GUIBOURG sintetiza bem as características de ambas as classes: “ Las opciones iusnaturalistas suelen agruparse por una característica común: sea cual fuere su manera de definir ‘derecho’, esa definición incluye algún requisito relativo al contenido de las normas: que Sean justas, que no Sean injustas, que no Sean demasiado injustas o que se las aprecie em um orden de preferências que tenga em cuenta alguna de esas condiciones. De este modo, El derecho en general aparece identificado com El derecho natural, o regido por El, o sujeto a um sistema de preferências dependiente de alguna forma de derecho natural ajeno a la humana voluntad legislativa. Las opciones positivistas, por el contrario, son aquellas cuya definición de ‘derecho’, sea cual fuere, no incluye referencia alguna al contenido de las normas. Estas opciones no excluyen el juicio moral que cada observador pueda ejercer respecto de las normas o de las prácticas sociales, pero esse juicio no incide em la descripción del derecho vigente como objeto de la ciência jurídica.”(GUIBOURG. Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p.08)

comunicar um significado por meio de signos. Assim, a linguagem, é o conjunto de signos linguísticos e tudo que levar a representação de algo à mente humana.

Esse conjunto de signos pode ser estudado sob três planos ou enfoques distintos: a sintática, a semântica e a pragmática. O estudo da sintática estuda a relação entre os signos; já o plano da semântica tem por objeto o estudo do signo e o objeto que este visa representar; e o plano pragmático estuda a relação dos signos com o utente da linguagem.

Dessa forma, o direito positivo, como possui a linguagem como um dado constitutivo, mantendo com a mesma uma relação de cunho ontológico, pode ser estudado sob os três planos.

2.5.1 – O signo: relação triádica composta por suporte físico, significado e significação.

A premissa “linguagem não toca realidade” é importante para a definição do conceito de “signo”. Segundo FIORIN, “O signo é a união de um conceito com uma imagem acústica, que não é o som material, físico, mas a impressão psíquica dos sons, perceptível quando pensamos numa palavra, mas não a falamos.”²³ O caráter relacional do signo é constante em autores que trabalham com a Semiótica. Assim, o signo é a relação de um fenômeno com outro fenômeno²⁴. Uma coisa, A, é um signo de outra coisa, B, se A representa a B de um modo ou de outro²⁵. Ele se caracteriza, pois, por sua mediatidade, aponta para algo distinto de si mesmo²⁶.

A febre é um signo de uma doença; a caída das folhas é um signo do outono; o caminhão de bombeiros em alta velocidade e com a sirene tocando é signo de

²³ FIORIN, José Luiz. A linguagem em uso. In: FIORIN, José Luiz (Org.). **Introdução à linguística: objetos teóricos**. V.I. Contexto: São Paulo. 2003. p. 58.

²⁴ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p.18.

²⁵ HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Madrid: Alianza Editorial, 1976. p. 14.

²⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 223.

que há incêndio nas redondezas; o semáforo com a luz vermelha acesa é signo de que o motorista deve parar o automóvel.

Como o objeto de estudos aqui constituído manifesta-se em linguagem, mais especificamente em texto, operar-se-á com a espécie de signo classificada²⁷ como “símbolo”.

O “signo”, aqui, será trabalhado de acordo com a terminologia empregada por PAULO DE BARROS CARVALHO²⁸, que utiliza a terminologia de E. HUSSERL. O signo possui o status lógico de uma relação que se estabelece entre o suporte físico, a significação e o significado²⁹, ou seja, não há signo sem esses três elementos. Assim, a linguagem, como conjunto sýgnico que é, apresenta-se como indissociável dos três elementos, ou ângulos de análise. Dito de outra forma: todo o signo manifesta a relação entre um suporte físico, um significado e uma significação. Precisando os conceitos dos elementos que constituem o “triângulo semiótico”, o suporte físico é o plano textual, da palavra falada ou escrita, ou seja, é a base material. O significado é o referente; é algo do mundo interior ou exterior; é “a relação dos signos com aquilo que simbolizam”³⁰. A significação é o juízo ou proposição; noção ou ideia que o suporte físico suscita na mente do intérprete.

²⁷ Costuma-se utilizar a classificação pierciana dos signos: símbolos, ícones e índices, classificação, essa que tem suas raízes em Pierce. O índice é a espécie de signo que mantém uma conexão física, natural com o objeto que visa representar, ou seja, a vontade humana não interfere na construção daquela imagem acústica; o ícone procura reproduzir o objeto a que se refere, tendo características do próprio objeto que visa representar, mas, insta ressaltar, a palavra não é a coisa (mapas, fotos, estátuas, caricaturas são exemplos de índices); o símbolo é arbitrariamente convencionado pelos seres humanos e não guarda relação com o objeto que representa, ou seja, é um mecanismo que os seres humanos encontraram para conseguir passar determinada mensagem; é o mais comum dos signos (palavras de uma língua, cruz, bandeira branca hasteada em um campo de batalha são exemplos).

²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. P. 37

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

³⁰ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p.20.

2.5.2 - O significado: seus elementos.

A relação entre a palavra e a coisa é artificial³¹, fruto de decisões individuais ou sociais, sem qualquer nível de interferência na “coisa em si”. Falar que uma coisa determinada tem um nome verdadeiro não parece adequado à metodologia aqui adotada. Sabe-se que é o homem quem a nomeia. Assim, não existem nomes verdadeiros ou falsos para as coisas, apenas existem nomes mais aceitos e outros menos aceitos.

A possibilidade de inventar nomes para as coisas do mundo recebe o nome de “liberdade de estipulação”³². Se um nome é estipulado livremente sem qualquer comunicação prévia ao ouvinte, corre-se o risco deste ouvinte não entender a mensagem.

Devido à necessidade do homem se comunicar e se entender com aqueles que habitam o mesmo universo linguístico é que surge a regra do uso comum, que é o emprego das palavras com os mesmos significados a que a comunidade linguística está usualmente habituada. Em outras palavras, o homem pode usar qualquer nome para qualquer coisa, pois esta não tem um nome próprio, mas, quanto menor seja a aceitação comum deste significado no meio em que o homem se move, maior será a dificuldade de comunicação. Em síntese, a regra da liberdade de estipulação permite ao homem nomear qualquer coisa com qualquer nome, ao passo que a regra do uso comum explicita que quanto maior a aceitação daquele significado pela comunidade linguística (ou pessoas que falam a mesma língua), menor a chance do emissor não conseguir se comunicar.

Ao dar nomes às coisas do mundo, um limite é traçado na realidade, e é traçado linguisticamente. A realidade é cortada idealmente em pedaços. Ao

³¹ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p. 35.

³² Hospers define a liberdade de estipulação: “Cualquiera puede usar el sonido que se le antoje para referirse a lo que quiera, siempre y cuando aclare a qué se está refiriendo al utilizar el sonido.” (HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Madrid: Alianza Editorial, 1976. p. 19)

atribuir cada nome constituímos (quer dizer, identificamos, individualizamos, delimitamos) o pedaço que, segundo nossa decisão, corresponderá a esse nome ³³.

2.5.2.1 - Denotação e conotação.

O significado do signo possui dois componentes: a denotação e a conotação. O conjunto de requisitos, ou seja, os critérios de uso de uma palavra de classe é a conotação (ou designação) dessa palavra. Essas partes da descrição de um objeto que integram o critério de uso do vocábulo se chamam características definitórias da palavra em questão³⁴. Essas são as características que constituem a conotação de um signo. Diz-se que são definitórias porque, ante a sua ausência, a palavra em questão não mais se aplica àquele objeto. Dessa forma, na ausência de uma característica definitiva em um objeto, a depender da classificação, outro símbolo deverá ser utilizado.

Quando esses critérios de uso da palavra de classe forem preenchidos, diz-se que houve a denotação. Denotação é o conjunto de todos os objetos ou entidades que cabem na palavra³⁵. Conotação e denotação estão em função recíproca, como assevera NINO³⁶:

“A designação e a denotação de uma palavra estão em função recíproca. Se a designação se amplia (por exemplo, porque antes eram exigidas as propriedades A e B para que um objeto integrasse a classe e agora são requeridas A, B e C), a denotação possível da palavra se restringe, porque há potencialmente menos objetos que reúnam um maior número de propriedades definitórias. Pelo contrário, uma exigência menor quanto à designação da palavra leva a uma extensão maior da potencial denotação dela.”

³³ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p. 37.

³⁴ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p. 46.

³⁵ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p.42.

³⁶ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 297.

O exposto acima se refere às “palavras de classe”. Cumpre realizar uma breve distinção entre as “palavras de classe” e os nomes próprios. A distinção entre ambos reside em que as palavras de classe, além de denotarem objetos, conotam propriedades que tais objetos devem ter para que sejam denotadas pela palavra correspondente; ao passo que os nomes próprios denotam sem conotar: não há nenhuma propriedade comum com os outros “Paulo da Silva” que o pai de um recém-nascido deva ter considerado para dar-lhe este nome.

2.5.3 – Significação: o juízo formado pelo contato com o suporte físico ou conceito.

Pode-se definir o conceito como um esquema de natureza ideal no qual se fixam as características básicas de determinado objeto.³⁷ O conceito representaria, então, uma síntese dos caracteres comuns a uma pluralidade de seres, obtida mediante o confronto comparativo, separando-se, nos seres, o que é genérico do que é simplesmente individual.³⁸

Desta forma, o sujeito cognoscente constitui as notas essenciais do conceito de determinado objeto, idealmente. Essas notas correspondem aos aspectos, características ou propriedades do dado. Dito de outra forma: o conceito é o conjunto de critérios linguísticos que o sujeito cognoscente possui em sua mente e que são utilizados para diferenciar os dados que o circundam.

Adaptando o “conceito” à terminologia aqui utilizada, ele corresponderia à significação. O conceito será a significação de um signo.

A definição consiste na explicitação dos elementos do conceito. Desta forma, definir uma palavra é indicar o seu significado; é deixar explícitas as regras de uso da mesma³⁹. Em outras palavras, definir é expressar os critérios de uso

³⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 109

³⁸ VILANOVA, Lourival. O conceito de direito. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003.v.2. p.9

³⁹ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4.ed.Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p 92

daquele signo (definição conotativa) ou explicitar uma série de elementos que são abarcados pelos critérios de uso do signo (definição denotativa).

Esta parte do trabalho serviu para que fosse traçado o instrumental linguístico que será utilizado ao longo de seu desenvolvimento.

2.6 – Composição do documento normativo: enunciação-enunciada e enunciado-enunciado.

O direito positivo é um corpo de linguagem formado por uma gama de enunciados vertidos em sua função prescritiva de ordenar condutas. O símbolo “enunciado” significa o “conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação.”⁴⁰

Tais enunciados são postos por sujeitos credenciados pelo sistema a criá-los. Ao ato de criação desses enunciados dá-se o nome de enunciação⁴¹. Assim, todo o enunciado pressupõe o ato de enunciação.

Retomando a premissa construída: o interesse, no presente trabalho, circunscrever-se-á ao conjunto dos produtos dos atos de enunciação realizados pelos agentes competentes a injetar norma jurídica no sistema. Os textos que são relevantes para o cientista do direito são os que foram introduzidos no sistema por esses agentes competentes, segundo procedimento previsto pelo próprio sistema. Ou seja, os textos relevantes para o cientista do direito nascem das fontes do direito que, segundo, entendemos, são os atos de produção de enunciados, ou enunciação.

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42

⁴¹ FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação**: as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2. ed. São Paulo: Ática, 1999. p.31.

O suporte físico dos enunciados prescritivos é chamado de “documento normativo”. O mencionado símbolo significa marcas de tinta no papel composto por vários enunciados prescritivos⁴².

Como todo e qualquer texto, é possível a classificação, dentro do mesmo documento normativo, dos enunciados em: enunciação-enunciada e enunciado-enunciado. A enunciação-enunciada é aquela porção do enunciado que se remete às instâncias de pessoa (competência), de espaço, de tempo e o procedimento da produção do texto normativo. Essas marcas deixadas no texto, ou dêiticos, remetem à instância da enunciação. O enunciado-enunciado é a sequência enunciada desprovida de qualquer marca de enunciação. No enunciado-enunciado é que transparecerão as disposições normativas propriamente ditas. Nesse caso, o símbolo “enunciado-enunciado” será definido pela negativa: todo enunciado que não remeter à instância de órgão produtor do enunciado, espaço em que foi produzido, data de produção e procedimento, será classificado como “enunciado-enunciado”.

Assim, o ponto de partida para o cientista atribuir o sentido deôntico aos seus juízos é o documento normativo, documento, este, criado por atos de enunciação.

Todo documento normativo nasce de uma fonte do direito (ou atos de enunciação). O raciocínio é simples: o documento que não nascer das fontes do direito não é um documento normativo, logo, insuscetível de atribuir sentido deôntico.

O contexto que envolve o texto e o seu ato de produção não deixa, diretamente, marcas no produto. É impossível o isolamento do contexto ao momento da atribuição de sentido outorgado aos enunciados prescritivos devido à própria ontologia do direito positivo que, como um conjunto de textos postos, é um bem cultural. Quando o contexto deixa marcas no texto, ele passa a integrar o mesmo, logo, passa a ser considerado como texto.

⁴² MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 79.

2.7 – Do texto à norma: o sentido deôntico e o encontro com o dever-ser para se chegar à definição do conceito de “norma jurídica”.

Os enunciados prescritivos são expressões irreduzíveis de manifestação do deôntico. O que significa que esses enunciados prescritivos para terem sentido, logo, serem compreendidos pelo destinatário como uma prescrição, devem revestir um *quantum* de estrutura formal. A estrutura formal que representa o mínimo deôntico é: “ $D[F \rightarrow (S'RS')]$ ”, que possui o seguinte sentido: deve-ser que, dado o fato F, então se instaura a relação jurídica R, entre os sujeitos S' e S”⁴³. A estrutura lógica do juízo hipotético condicional obedece ao esquema mencionado. A forma lógica que reveste a norma jurídica é a forma da implicação, qual seja: “se..., então...” ou “ $p \rightarrow q$ ”.

Dessa forma, o enunciado prescritivo é a estrutura sintático-gramatical, ao qual o intérprete atribui sentido deôntico, ao passo que a norma jurídica é a estrutura lógico-sintática de significação. Isso nos leva à conclusão de que há uma diferença ontológica entre texto e norma, aquele está no plano da objetividade, no plano empírico, ao passo que esta está no plano proposicional. Ressalte-se: texto, na acepção aqui utilizada, equivale a direito positivo.

TÁREK MOUSSALLEM resume o caminho que é percorrido pelo intérprete para atribuir o sentido deôntico aos enunciados prescritivos, ou seja, o percurso gerador de sentido:

“Para alcançar a estrutura lógico-sintática de significação, o jurista percorre, numa inesgotável construção de sentido, estes três subsistemas do direito positivo: (a) S_1 – o subsistema das formulações literais, ou seja, o conjunto dos enunciados prescritivos (produto das enunciações); (b) S_2 – o subsistema de significações isoladas de enunciados prescritivos; (c) S_3 – o subsistema das normas jurídicas, como unidades de sentido deôntico, obtidas

⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

mediante o grupamento de significações organizadas em um arquétipo formal de implicação.”⁴⁴

Paulo de Barros Carvalho acrescenta o nível (ou plano) S₄, que é o plano onde o intérprete organiza de maneira sistemática as normas jurídicas construídas no nível S₃. Segundo o referido autor:

“[...] o nível S₄ de elaboração é estrato mais elevado, que organiza as normas numa estrutura escalonada, presentes laços de coordenação e de subordinação entre as unidades construídas. [...] Enquanto em S₃, as significações se agrupam no esquema de juízos implicacionais (normas jurídicas), em S₄ teremos o arranjo final que dá status de conjunto montado na ordem superior de sistema.”⁴⁵

Dessa maneira, o intérprete, ao ter como ponto de partida obrigatoriamente um documento normativo, percorre os quatro níveis de interpretação. O processo passa do mais concreto (S₁) ao mais abstrato (S₄). A norma jurídica (juízo implicacional) é incognoscível a outro sujeito, pois se manifesta em plano proposicional. O que implica dizer que, não obstante o mesmo ponto de partida, é possível que normas diferentes sejam formadas, sentidos diferentes sejam atribuídos aos mesmo enunciados prescritivos.

A importância do nível S₄ reside na relação de pertinência entre a norma jurídica e o sistema de direito positivo. Caso a norma (S₃) construída não pertença a (S₄), não estaremos falando de uma norma jurídica.

O sentido atribuído ao texto é revestido pela forma lógica implicacional, onde um antecedente “p” implica (\rightarrow) um conseqüente “q”, onde o conseqüente é efeito do antecedente. Mencionada fórmula está abrangida pela causalidade jurídica. Tal causalidade é representada na fórmula “D[F \rightarrow (S’RS’)] pelo functor-de-functor “D”, que modaliza, que abarca a implicação como um todo.

⁴⁴ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 111.

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

2.8 – Entre enunciado e proposição: o objeto de estudos do cientista do direito e como identificá-lo.

Para saber quais são textos que integram S_1 , o intérprete analisa os dêiticos marcados no documento normativo. Se os dêiticos conduzirem o intérprete a um órgão credenciado pelo sistema a ejetar enunciados prescritivos no sistema jurídico, esse enunciado prescritivo será relevante e integra S_1 . Daí exsurge a importância das fontes do direito. É no estudo destas (dos atos de enunciação) que se sabe quais os produtos relevantes para a construção da norma jurídica.

O sentido deôntico atribuído sempre será o sentido de um dever-ser. Mas o dever-ser frequentemente comparece disfarçado na forma apofântica, como se o legislador estivesse descrevendo situações da vida social ou eventos da natureza. Não obstante a forma apofântica, em plano proposicional sempre irá se manifestar o deôntico. Alcança-se o dever-ser em nível proposicional, ou seja, em nível de juízo, com a norma jurídica já completa.

Independente da forma em que está vertido o enunciado que integra S_1 , ele sempre terá a função prescritiva. Assim, vários enunciados vertidos em várias formas integram S_1 , mas sempre possuem a mesma função: a função prescritiva.

Como exposto mais acima, o nível S_1 , ou nível das formulações literais, é o objeto que aparece imediatamente aos sentidos do intérprete. A partir de uma reconstrução e atribuição de sentido é que o intérprete alcança o nível proposicional, ou nível de juízo implicacional, para, aí sim, formar a norma jurídica. Ambos são objetos de estudo do cientista do direito. Há a impossibilidade de desconsiderar um nível do percurso gerador de sentido. Assim, os enunciados prescritivos ocupam a categoria de objetos imediatos, pois são acessíveis imediatamente aos órgãos dos sentidos do cientista; ao passo que a norma jurídica é o objeto mediato, pois o cientista apenas a alcança em nível proposicional, ao partir da articulação de vários enunciados prescritivos.

Metaforicamente, é como se o enunciado prescritivo fosse uma peça de um quebra-cabeça e a norma jurídica fosse o quebra-cabeça montado, completo, com a imagem fazendo sentido, com as peças encaixando uma na outra e o desenho perfazendo o todo. Esse todo metafórico é preenchido de acordo com a estrutura implicacional da norma jurídica. Ocorre que é possível que, da leitura de um único enunciado prescritivo, construa-se uma norma jurídica. É o caso em que a significação isolada preenche as variáveis “p” e “q”. Nesse caso, há uma confusão entre os planos de S_2 e S_3 . Só que na grande maioria dos casos a norma jurídica será o resultado da integração de uma série de significações isoladas extraídas de enunciados prescritivos.

Com esses elementos já é possível definir o conceito do símbolo “norma jurídica”. Como exposto mais acima, a linguagem pode ser estudada pelos planos pragmático, sintático e semântico. Dessa forma, para os fins do trabalho, o conceito de norma jurídica definido será: a significação deôntica, completa, articulada entre os textos de direito positivo (semântica), estruturada na forma lógica do condicional (sintática), resultado do uso prescritivo da linguagem (pragmática).

Sendo assim, o intérprete ao se deparar com o enunciado prescritivo (suporte físico), enxerga na conduta humana o significado desse suporte e cria a significação isolada. Quando a significação dos enunciados (suportes físicos) for suficiente para preencher a estrutura implicacional da norma jurídica, o significado desses suportes será a descrição de uma conduta (conotação) ou a conduta realizada como enunciado protocolar (denotação), ao passo que a significação será a norma jurídica. Trabalha-se, aqui, com as normas jurídicas válidas. Eis o objeto de estudo da Ciência do Direito recortado linguisticamente.

Como damos especial ênfase ao caráter linguístico constitutivo do direito (seja objeto, seja ciência), ingressaremos, no próximo tópico, na questão da estrutura lógica da norma jurídica.

3 – Organização do trabalho: a apresentação dos capítulos.

No **capítulo primeiro** analisou-se o problema do fato jurídico ilícito. Ou seja, quando algo é ilícito, no direito? Para tal fim estudou-se a relação entre fato jurídico ilícito, do ponto conotativo e denotativo e sua relação com a sanção jurídica. Em seguida, distinguiu-se “sanção” de “invalidade”. Esses foram os dois principais problemas que permearam o capítulo primeiro. É um capítulo basicamente de estática jurídica.

No **capítulo segundo** foi estudado o sistema de direito positivo, adotando-se uma perspectiva dinâmica, ingressou-se em problemas centrais: validade, fundamento de validade e hierarquia normativa. Esse capítulo foi essencial, pois vamos tratar do ápice da pirâmide kelseniana. Visou-se analisar como se comportam os elementos que compõem o sistema de direito positivo perante a sua referência de unidade.

No **capítulo terceiro** todas as noções de nosso arcabouço teórico foram aplicadas às noções dogmáticas do controle de constitucionalidade. Entendemos, de acordo com nosso método, ser insustentável a tese da teoria da nulidade, pois as normas são apenas anuláveis. De posse desse posicionamento fomos construindo nossas teses a respeito do controle de constitucionalidade. Analisamos as diferenças entre as normas do controle concentrado e do controle difuso. Ao final, foram avaliadas as técnicas utilizadas em sede de controle de constitucionalidade para a análise de (in)constitucionalidade das normas.

No **capítulo quarto** as hipóteses sugeridas foram testadas. Apenas a primeira hipótese foi a vencedora. Assim, temos a **tese principal**: normas que perdem seu fundamento de validade permanecem inalteradas, independentemente dos efeitos atribuídos pelo STF, sejam elas normas individuais e concretas ou gerais e abstratas. Não se presume a retirada de normas, a norma apenas perde seu vínculo com o sistema de direito positivo de maneira expressa. Caso não seja de maneira expressa, estar-se-ia admitindo a interpretação abrogante, o que causaria grande confusão entre o plano do objeto e o plano da Ciência.

CAPÍTULO I – Por uma teoria da norma jurídica. Sua estrutura lógico-sintática e o problema do fato jurídico ilícito: há ilicitude sem denotação?

1- Teoria da Norma Jurídica

Onde houver linguagem há a possibilidade de formalização. Com a norma jurídica não é diferente. Através de sucessivos processos de generalização alcança-se a formalização, a estrutura sintática da norma jurídica, onde se trata apenas com categoremata e sincategoremata. Para não incorrer no vício da ambiguidade, de início, ressalte-se que o suporte material da formalização aqui trabalhada é o direito positivo, onde se trabalha com modais deônticos, e não a Ciência do Direito, onde se opera com a Lógica Apofântica.

O functor “dever ser” é sincategorema diferencial das linguagens normativas, sendo que uma das subclasses é o direito positivo. Necessariamente, essa categoria sintática deve estar presente na estrutura da norma jurídica. Faltando, desfaz-se a estrutura, como se desfaz a estrutura apofântica se for suprimida a partícula “é”. O dever-ser transparece no verbo ser acompanhado de adjetivo participial: “está obrigado”, “está facultado ou permitido”, “está proibido”. Transparece, mas não aparece com evidência formal⁴⁶.

Dessa forma, nesta parte do trabalho será exposta a estrutura sintática em que o Direito objeto se manifesta. Neste ponto, corta-se o vínculo da estrutura com o seu referencial empírico. Após, retoma-se o vínculo com os objetos, uma vez que as variáveis lógicas são saturadas com seus referentes empíricos.

A primeira classificação que pode ser realizada tomando por suporte as normas jurídicas é a clássica divisão entre normas primárias e normas secundárias. Nas primárias há a previsão de direitos e deveres; nas secundárias há a previsão da atividade sancionatória pelo Estado.

Será tratada, no ponto seguinte, a estrutura lógica da norma primária.

⁴⁶ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 91.

1.1 - A norma primária: sua estrutura.

1.1.1 – A hipótese normativa: seus critérios ou sua conotação.

Como exposto no tópico anterior, a estrutura do primeiro membro da norma jurídica é: “ $D(p \rightarrow q)$ ”. Neste esquema, que é um juízo implicacional, “D” é o functor (sincategorema que indica a operação deôntica incidente sobre a relação interproposicional). O functor “D” ganha relevância no interior da estrutura lógica. Nas palavras de VILANOVA:

“Essa colocação do functor [functor D], abrangente da relação formal, evita que se construa formalmente a proposição-hipótese, na fórmula: “ $p \rightarrow D(q)$ ”, isto é, como sendo uma proposição-antecedente descritiva, implicando a proposição-consequente de caráter prescritivo. Pois aqui a incidência do functor é sobre a relação de implicação, que inexistiria sem tal functor.”⁴⁷

Assim, a incidência do functor “D” sobre toda a relação implicacional ($p \rightarrow q$) faz com que tal vínculo estabelecido ganhe status de prescritivo e não meramente descritivo. Diremos: o deôntico não reside na hipótese como tal, mas no vínculo entre a hipótese e a tese. Deve-ser o vínculo implicacional. Em outro giro: deve-ser a implicação entre hipótese e tese⁴⁸. O mencionado conector funciona como se fosse uma “capa”, abrangendo a estrutura da norma, e fazendo que, com esse revestimento, apenas se opere a lógica deôntica.

A norma primária consta de uma proposição-hipótese e uma proposição tese. No esquema formalizado, a hipótese é representada pelo signo “p” e a consequência pelo signo “q”. A relação implicacional é representada por “ \rightarrow ”, ou “se... então...”.

A hipótese normativa, ou proposição-antecedente, descreve um evento de possível ocorrência no mundo social. É na hipótese que comportamentos ou eventos são colhidos e revestidos pelo manto do deôntico. Fora da hipótese

⁴⁷ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 93.

⁴⁸ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 92.

normativa tem-se o não-direito, ou aquilo que é insuscetível de incidência jurídica. Retoma-se, aqui, o referencial semântico das normas jurídicas: a conduta humana normatizada (abarcada pela hipótese normativa), bem como fatos naturais normatizados.

Se a hipótese normativa fizer a previsão de fato impossível de ocorrer, logo, insuscetível de incidência, tem-se o sem sentido semântico. Assim, a hipótese assenta-se sobre o modo ontológico da possibilidade. Como assevera VILANOVA:

“Se o dever-ser do normativo não conta com o poder-ser da realidade, se defrontar-se com o impossível-de-ser ou com o que é necessário-de-ser, o sistema normativo é supérfluo [...] Descabe querer impor uma causalidade normativa contrária à causalidade natural, ou contra a causalidade social.”⁴⁹

A hipótese normativa, reitera-se, descreve um comportamento. Mas esse comportamento, para ser abarcado pela hipótese, deve estar de acordo com as coordenadas temporais e espaciais. Dessa forma, é possível distinguir três critérios que integram a hipótese normativa, quais sejam: o critério material, o critério espacial e o critério temporal. Preenchidas essas variáveis, cumulativamente, o efeito necessário é o estabelecimento da relação jurídica.

Antes de mais nada, esses critérios são descrições hipotéticas que correspondem a conjuntos de critérios de uso.

O critério material descreve as notas que a conduta deve preencher, ou seja, esse critério descreve um comportamento específico. Um comportamento humano. Esse comportamento humano pode consistir em uma ação ou em uma omissão. Essa ação triparte-se em três modalidades: dar, fazer e não fazer. O critério material sempre virá composto por: (i) um verbo, que representa a ação ou a omissão seguindo de (ii) um complemento predicativo, que indicará as peculiaridades dessa ação ou omissão. Esse critério pode ser chamado de núcleo, pois é o dado central que o legislador passa a condicionar quando faz menção aos demais critérios. Dessa maneira, expressões como:

⁴⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.11.

ser proprietário de veículo automotor, celebrar contrato, constituir vínculo empregatício, dar o aceite no título de crédito etc., integram o critério material da hipótese normativa.

O critério espacial delimita o local em que o comportamento deve ocorrer para que este seja alçado ao patamar de fato jurídico. Encerra os elementos que nos permitirão reconhecer a circunstância de lugar que limita, no espaço, a ocorrência daquele evento. Podemos dizer que no critério espacial há o delineamento do espaço de incidência. Mas qual norma incide, depende de onde ocorreu o fato jurídico e em quais circunstâncias. Ocorre que, reforçemos, o papel do critério espacial é o de desenhar os limites da incidência normativa.

E o último critério que ocupa a hipótese normativa é o critério temporal. O critério temporal delimita o período em que o comportamento deve ocorrer para que haja a incidência normativa. Ou seja, é o responsável por delimitar o lapso temporal em que aquele comportamento é suscetível de incidência normativa. É um sem sentido semântico, por exemplo, um critério temporal que prevê que o comportamento deve ocorrer entre o ano de 1900 e 1950 para que seja suscetível de incidência normativa. Por esse critério identificamos o momento temporal da ocorrência do evento. Muitas vezes, como acontece com o critério espacial, ele vem implícito no texto normativo. O importante é reter que o critério temporal fixa o critério que conota o instante em que o direito considera aquele comportamento suscetível à incidência jurídica.

Assim, a hipótese normativa é composta por esses três critérios mencionados. Uma vez preenchidos, há a figura do fato jurídico. Mas, ressalte-se, eles somente são preenchidos com a incidência, que é a atividade do sujeito credenciado pelo direito. Esse sujeito constitui linguisticamente esse fato jurídico.

A hipótese normativa, dentro da estrutura lógica da norma jurídica, vem seguida pelo conector “ \rightarrow ”. O dever-ser tem a função de relacionar o antecedente com o consequente da norma jurídica, visa “ligar” o antecedente com o consequente normativo. Eis mais um functor. Devido à impossibilidade de saturação, é um sincategorema. Esse é o operador deôntico interproposicional, ponente da implicação entre “p” e “q”, como exposto acima.

Esse operador, uma vez que nunca aparece modalizado, é chamado de operador neutro. Ou diz-se que é um dever-ser neutro.

Esse dever-ser neutro implica uma relação jurídica, em sentido formal; quando houver a saturação dos critérios da hipótese normativa, implica uma relação jurídica em sentido estrito.

Neste ponto é aberto um parêntese para que a relação jurídica seja tratada com maior sutileza, uma vez que, dentro das premissas trabalhadas e de um dos marcos teóricos – LOURIVAL VILANOVA -, a relação jurídica é um conceito fundamental⁵⁰.

A proposição-tese, ou consequente normativo primário, é o efeito de uma causa (hipótese normativa). Esse efeito normativo consiste em uma relação jurídica entre sujeitos de direito: S'RS". E "relação jurídica", num grau maior de abstração, é relação, quer dizer, uma estrutura formal composta por um termo antecedente (ou termo referente) e de outro termo consequente (ou termo relato) e, ainda, de uma espécie de operador: o operador relacionante⁵¹. Mais a frente, quando dissermos que a norma é geral, significa que os sujeitos-de-direito não estão individualizados, eis uma relação formal-jurídica; já quando houver o fato jurídico (denotação), o seu efeito é a instauração de uma relação jurídica concreta, com sujeitos-de-direito individualizados.

Como no trabalho está sendo operada a "relação jurídica" sob seu aspecto sintático, a lógica dos predicados poliádicos integralmente se aplica ao seu estudo. E mais, justifica-se essa rápida inserção no campo dos Predicados Poliádicos pela importância que a "relação jurídica" possui na estrutura normativa aqui tratada.

⁵⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p.238.

⁵¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p.116-117.

1.2 - Brevíssimas notas sobre a Lógica dos Predicados Poliádicos: instrumento da Lógica para lidar com a Relação entre os signos.⁵²

A Lógica dos Predicados Poliádicos opera com a formalização da linguagem natural na medida em que essa é utilizada para relacionar termos. As orações “João é amigo de Paulo”, “Pedro ama Maria” e “Joaquim deve mil reais a José” não pressupõem o predicado monádico⁵³ (onde predicam-se adjetivos ou características aos sujeitos), pois faltam-lhe o “é” apofântico. Essas orações, exemplificadas possuem dois termos ligados por um functor relacional: ser amigo de, amar a, dever a, etc. Onde houver o functor relacional ligando pelo menos dois termos, há o campo de estudos da Lógica dos Predicados Poliádicos.

Segundo a Lógica dos Predicados Poliádicos, as relações estarão configuradas segundo uma combinação estrita entre termos: um com um (uni-unívoca), um com vários (uni-plurívoca), vários com um (pluriunívoca) ou vários com vários (pluriplurívoca). Não há uma quinta possibilidade de combinação. Há, aqui, a lei do quinto excluído. A relação jurídica obedece a essa lei de possibilidade combinatória.

A relação pode (no sentido de possibilidade) ser reflexiva ou irreflexiva, simétrica ou assimétrica, transitiva ou intransitiva, independentemente da quantidade de termos, como relata ULRICH KLUG⁵⁴.

Diz-se ser reflexiva a relação em que os termos antecedentes e consequentes possuem uma relação de igualdade. Seria “xRx”. Nas irreflexivas, logo, os termos são distintos.

⁵² Tópico inspirado no artigo: “ALMEIDA, J. C.; MANSUR, João Paulo. O papel da lógica na teoria geral do Direito: Uma análise da relação jurídica em Lourival Vilanova e Hans Kelsen a partir dos predicados poliádicos. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI., 2011, Vitória/ES. Anais do [Recurso eletrônico] / XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 9913-9935.”, onde aproveitamos a conclusão no que pertine à relação jurídica em Lourival Vilanova.

⁵³ No predicado monádico há o sujeito, o functor apofântico (o “é” apofântico) e o predicado, uma classe.

⁵⁴ KLUG, Ulrich. **Lógica Jurídica**. 4. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S/A, 1988. p. 100-110.

Diz-se simétrica a relação quando o disposto em xRy equivale à relação inversa em yRx . No caso contrário há a assimetria da relação.

Uma relação será transitiva se “numa classe K, para três elementos quaisquer ‘x’, ‘y’ e ‘z’ dessa classe, as condições ‘ xRy ’ sempre implicam ‘ xRz ’.”⁵⁵ Em outros termos, a transitividade pressupõe, ao menos, mais um termo, em que das relações “ yRz ” e “ zRw ” conclui-se que “ yRw ”. Por exemplo: Das relações de descendência, em que “x é antepassado de y” e “y é antepassado de z”, a transitividade exsurge: “x é antepassado de z”. O mesmo não ocorre quando “x é mãe de y” e “y é mãe de z”, ocasião em que prevalece a intransitividade, pois x não será mãe de z.

A relação jurídica, vista sob a ótica da Lógica dos Predicados Poliádicos, é classificada como: irreflexiva, assimétrica e transitiva ou intransitiva. Explique-se. É irreflexiva porque um sujeito-de-direito não pode estar em relação consigo mesmo; sempre está em relação jurídica com outro sujeito-de-direito. Quando tal situação jurídica ocorre tem-se o instituto da confusão, que é uma das formas de extinção de obrigações jurídicas.

A assimetria é outra característica da relação jurídica. O sujeito-de-direito S’ tem a obrigação de realizar certa conduta perante S”, o que implica uma relação inversa com outro functor, não o mesmo. Em termos formais: $(S'RS'') \neq (S''RS')$.

A transitividade ou intransitividade é característica predicável a depender de cada sistema de direito positivo, logo, é questão contingente.

Fixe-se, então, a relação jurídica, pela leitura lógica feita a partir da lógica dos predicados poliádicos, é caracterizada como: irreflexiva, assimétrica e transitiva ou intransitiva.

Como mostraremos mais a frente, quando a norma for geral, ou seja, destinada à comunidade como um todo, estaremos diante de uma relação jurídica formal; e quando integrar o consequente de norma individual, estaremos diante de

⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. 4.ed. São Paulo: Noeses. 2011. p. 105.

relação jurídica em sentido estrito⁵⁶. Isso significa que a individualização dos sujeitos-de-direito é critério fundamental para a classificação da relação jurídica.

A relação jurídica, seja formal, seja em sentido estrito possui a estrutura $S'RS''$. Em $S'RS''$, S' é uma pessoa qualquer e S'' é uma pessoa qualquer desde que não seja S' . O signo “ R ” é functor, ou variável relacional; variável porque se triparte em um dos três modais deônticos possíveis: proibido, permitido, obrigatório. O “ R ”, como dito, é um functor e possui a função de relacionar os sujeitos da relação jurídica.

O “ R ” é mais um functor, mas esse é uma variável relacionar, pois se triparte em uma das três modalidades deônticas: obrigatório (O), proibido (V) ou permitido (P).

Assim, a conduta humana sempre irá se incluir em um dos três modos deônticos.⁵⁷Eis as três possibilidades deônticas do functor relacional, como assevera VILANOVA:

“A relação intersubjetiva – entre sujeitos da ação ou omissão – divide-se exaustivamente nessas três possibilidades. Uma lei ontológica de quarta possibilidade excluída diz: a conduta é obrigatória, permitida ou proibida, sem mais uma outra possibilidade. Assim, a variável relacional deôntica “ R ” tem três e somente três valores, justamente as constantes operativas obrigatório, permitido e proibido, ou seja, R' , R'' e R''' .”⁵⁸

A opção por um dos modais possui referência direta com a definição dos outros modais relacionais, por isso diz-se que há a interdefinibilidade entre os funtores. Explique-se. Caso se opte pelo modal proibido (V), em referência a certa conduta do sujeito-de-direito (p), há a equivalência de $V(p)$ a $O(-p)$ e $-P(p)$, ou $V(p) \equiv O(-p) \equiv -P(p)$. Assim, três são os funtores relacionais, irreduzíveis, mas todos eles interdefiníveis. Desta maneira, com o auxílio do

⁵⁶ Tal classificação foi inspirada em: SANTI, Eurico. **Lançamento tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.61.

⁵⁷ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 77.

⁵⁸ VILANOVA, Lourival. O universo das formas lógicas. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. v.2. p. 30.

conectivo negador (-) há a interdefinição entre os funtores, por exemplo: $O(p) \equiv -P(-p)$, o que significa: dizer que uma conduta “p” é obrigatória equivale a afirmar que não é permitido omiti-la. A partir da predicação de uma conduta em uma das três modalidades deônticas, é possível a dedução para se saber quais são as suas conseqüentes, ou correlatas modalizações. Elas se equivalem. Formalmente, dado comportamento “p” tem as seguintes equivalências⁵⁹:

$$O(p) \equiv V(-p) \equiv -P(-p)$$

$$V(p) \equiv O(-p) \equiv -P(p)$$

$$P(p) \equiv -O(-p) \equiv -V(p)$$

$$P(-p) \equiv -O(p) \equiv -V(-p)$$

Explicando o esquema das equivalências temos, por exemplo, que a norma “é obrigatório o pagamento de taxa” equivale à norma “é proibido não pagar taxa”, que equivale a “não é permitido não pagar a taxa”. A norma “é proibido fumar” equivale a “é obrigatório não fumar”, que equivale a “não é permitido fumar”. A norma “é permitido entrar com cachorro” equivale a “não é proibido entrar com cachorro”, que equivale a “não é proibido entrar com cachorro”. Por final, a norma “é permitido não invadir propriedade alheia”, equivale a “não é obrigatório invadir propriedade alheia”, que equivale a “não é proibido não invadir propriedade alheia”. Assim, essa modalização deôntica faz parte do ser da relação jurídica, sendo que esses modais deônticos são sempre interdefiníveis; é um fechamento operacional.

Dessa maneira, o conseqüente da norma primária é efeito jurídico da factualização da hipótese, é relação jurídica, prescreve direitos e deveres aos membros da relação jurídica, aqui, membros da comunidade em geral, os *termos* da relação jurídica.

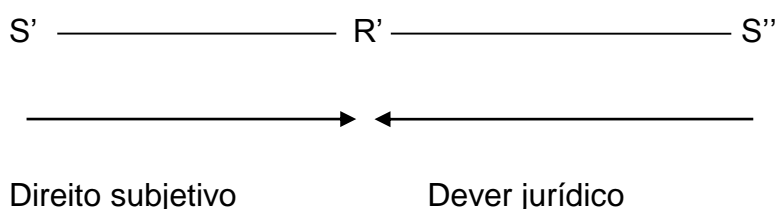
Assim, dada a hipótese normativa, uma relação jurídica (em sentido formal) entre S' e S''(sempre sujeitos-de-direitos e deveres) é instaurada pela imputação normativa, ou causalidade instituída pelo ordenamento jurídico; é instaurado um vínculo abstrato segundo o qual S' possui um direito subjetivo de

⁵⁹ Tal esquema, bem como alguns exemplos a seguir, foi retirado do livro: COELHO, Fábio. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 57.

exigir de S'' certa conduta (dar, fazer ou não fazer), ao passo que S'' possui o dever jurídico de realizar a conduta.

Não há que se falar, no seio dessa teoria, em direitos não relacionais, só se é sujeito de direitos em face de um sujeito de dever, há a alteridade. Ao direito subjetivo contrapõe-se o dever-jurídico.⁶⁰ A figura do "direito subjetivo" nunca aparece isolada da figura do "dever jurídico"; há um vínculo ontológico entre ambos. Direito subjetivo implica necessariamente um dever jurídico. Em todos os sistemas normativos a relação "direito-dever" está presente. Por haver um vínculo ontológico entre direito-subjetivo e dever jurídico, desaparecendo qualquer uma dessas duas figuras, esfacela-se a relação jurídica. E mais, esfacelando-se qualquer um dos elementos da relação jurídica em sentido estrito, ela não mais subsiste. Assim, se sujeito ativo, passivo, dever jurídico ou direito subjetivo forem esfacelados, essa relação jurídica será extinta, pois não há relação jurídica que subsista sem esses elementos essenciais. Pensamos que o objeto da relação jurídica é uma conduta (dar, fazer ou não-fazer), e não a coisa em si, por exemplo, a coisa a ser entregue ou a prestação a ser paga.

A relação jurídica apresenta-se da seguinte forma:



A relação jurídica sempre será entre sujeitos de direito; não entre coisas e não entre condutas. Assim, em linhas gerais, eis a estrutura lógica da norma primária: $D(H \rightarrow S'RS'')$.

⁶⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.191.

1. 3 - Norma primária sancionadora e dispositiva.

Cumpra chamar a atenção para uma categoria elipsada no corte abstrato acima realizado: a norma primária sancionadora.⁶¹Essa norma se justifica devido ao fato de que “sanção pode haver na norma primária.”⁶²

A norma primária sancionadora tem por pressuposto o não cumprimento de deveres estabelecidos na norma primária dispositiva (aquela na qual são estabelecidos os direitos subjetivos e deveres jurídicos; não possui aspecto sancionatório).

Nas normas primárias situam-se as relações de direito material, já na norma secundária as relações são de direito processual em que o direito subjetivo é o de ação.

Dessa forma, há normas primárias estabelecedoras de relações jurídicas de direito material decorrentes de fato lícito e de fato ilícito. A norma que tem por pressuposto o fato ilícito é chamada de norma primária sancionadora, pois veicula uma sanção – no sentido de obrigação advinda do não cumprimento de uma dever jurídico.⁶³

A estrutura completa da norma jurídica, contendo a norma primária sancionadora, ficaria da seguinte forma: $D\{[(p \rightarrow q) \cdot (-q \rightarrow r)] \vee [-(q \vee -r) \rightarrow S]\}$

$\underbrace{\hspace{1.5cm}} \quad \underbrace{\hspace{1.5cm}} \quad \underbrace{\hspace{1.5cm}}$
(n.1ª.d) (n.1ª.s) (n.2ª)

No esquema acima “n.1ª.d”, “n.1ª.s” e “n.2ª” representam, respectivamente: a norma primária dispositiva, a norma primária sancionadora e a norma secundária.

Ao substituir os termos sincategoremáticos por suas respectivas constantes relacionais, a estrutura fica da seguinte forma:

$D\{[p \rightarrow (S'RS'')]. [-(S'RS'') \rightarrow (S'R'S'')] \vee [-(S'RS'') \vee -(S'R'S'') \rightarrow (S'R'S'')]\}$

⁶¹ SANTI, Eurico. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 43.

⁶² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.192.

⁶³ SANTI, Eurico. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 44.

A estrutura completa da norma jurídica pode ser explicada da seguinte forma: se dada a hipótese fática, então deve ser a relação jurídica entre S' e S''. Se houver o descumprimento da relação estatuída, então S' tem o direito subjetivo a exigir a prestação de S'', este tem o dever jurídico de arcar com a prestação. Se houver o descumprimento da relação estatuída entre S' e S'' ou o descumprimento da relação R', então deve ser a sanção pelo Estado-Juiz, que se dá em sede de relação processual.

No próximo ponto será tratada a estrutura lógica da norma secundária, ou norma sancionatória.

1.4 - Norma secundária: a norma que prevê a consequência ante o descumprimento da norma primária.

A estrutura lógica da norma jurídica é, por LOURIVAL VILANOVA, simbolizada da seguinte forma: $D[H \rightarrow (S'RS'')] \vee [-(S'RS'') \rightarrow (S'R'S''')]$. Nesse esquema formal há a omissão da estrutura da norma primária sancionadora. Antes do disjuntor includente “v” tem-se a estrutura da norma primária, depois do mencionado disjuntor, tem-se a estrutura lógica da norma secundária.

Tanto a norma primária como a norma secundária são dotadas de estrutura implicacional: “se H deve-ser C”. Isso equivale a dizer que ambas possuem uma hipótese e uma consequência, de maneira que, dada a hipótese, deve ser a consequência, eis a causalidade que o ordenamento institui, a qual Kelsen chama imputação normativa.

Uma relação de direito material descumprida, insuscetível de sanção por outro sujeito que não o Estado-Juiz, é o pressuposto suficiente e necessário para a existência da norma secundária. A esse descumprimento da relação de direito material (ou substantivo), dá-se o nome de antecedente da norma secundária. Como assevera VILANOVA:

“A uma relação jurídica material R, entre A e B, sucede outra relação jurídica forma (processual) entre A e C (órgão C que concentrou o

emprego da coação) e entre C e B. Figuradamente, se a relação material era horizontal, unilinear, a relação formal fez-se angular: não se desenvolve linearmente de A para B, pois conflui em C. Perfaz-se outra relação R'." ⁶⁴

A mencionada relação R' é composta por duas relações processuais: o exercício de direito de ação e o exercício do direito de contraditório. Termo comum dessa dúplici relação processual é o órgão jurisdicional⁶⁵. Assim, o processo é uma série ordenada de relações processuais.

Cumprir chamar a atenção para o fato de que a norma secundária pode ou não ficar à disposição do sujeito titular ativo na relação material. Nos direitos subjetivos privados cabe ao legitimado pôr em movimento a norma secundária; nos direitos subjetivos de exercício obrigatório, o titular não pode deixar de exercer o seu dever de movimentar a norma secundária, pois é obrigatório.

Quando o sujeito ativo ingressa com uma ação contra o Estado-Juiz⁶⁶, a relação de direito processual se dá apenas entre os dois termos. Nesse caso, inevitavelmente, formou-se uma relação jurídico-processual. O Estado-Juiz pode vir a extinguir o processo sem resolução do mérito, sem sequer realizar a citação. Não pensamos que haja sequer relação processual nesse caso. Há, sim. Ocorre que não é uma relação processual que abarcou o réu, pois o sujeito passivo não a integrou. Nessa linha, explicita VILANOVA:

“Mesmo que o órgão jurisdicional rechaça a demanda, por não dispor o proponente de pretensão de direito material, há ação válida. Ainda mesmo na hipótese de não entrar na questão de fundo, no mérito, relação jurídico-processual se deu.”⁶⁷

⁶⁴ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.189.

⁶⁵VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p.189.

⁶⁶ Quando se movimenta a norma secundária não há mais relação entre S' e S''. A ação é proposta perante o Estado-Juiz porque a conduta esperada (dar, fazer, não-fazer) é requerida ao Judiciário para que este, dotado do Poder de sancionar, assim proceda ante o sujeito passivo. “O exercício do direito subjetivo de ação não tem como destinatário o sujeito passivo da relação. Dirige-se ao Estado, mediante seu órgão julgador.” (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 204)

⁶⁷VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 202.

Assim, mesmo nos casos em que o sujeito-de-direito, descrito na petição inicial sequer chega a ser citado para integrar a relação jurídico-processual triádica, há ação judicial, há incidência de normas processuais.

Mais uma vez, alerte-se, direitos subjetivos e deveres, quer materiais, quer processuais, apenas existem em virtude do revestimento da relação jurídica pelo functor-de-functor. Fora das relações jurídicas e fatos que este abarca, inexistem direitos, deveres e sanções.

Nesse ponto, cumpre chamar a atenção para a plurivocidade do símbolo “sanção”. Mencionado símbolo pode denotar, segundo EURICO DINIZ⁶⁸: (i) a relação jurídica consistente na conduta substitutiva reparadora, decorrente do descumprimento de um pressuposto obrigacional (de fazer, de omitir, de dar – genericamente prestações do sujeito passivo Sp); (ii) relação jurídica que habilita o sujeito ativo Sa a exercer seu direito subjetivo de ação (processual) para exigir perante o Estado-juiz Sj a efetivação do dever constituído na norma primária e (iii) a relação jurídica, consequência processual deste “direito de ação” preceituada na sentença condenatória, decorrente de processo judicial. Podemos, ainda, acrescentar o seguinte sentido: (iv) anulabilidade de normas.

Eis a estrutura completa da norma jurídica. Devido à sua universalidade, ela é dotada de homogeneidade sintática, uma vez que sua estrutura permanece inalterada, não obstante os fatos ou o uso. Ocorre que ao saturar as variáveis que compõem a estrutura da norma, encontra-se mais de um significado. A fórmula aponta para mais de uma conduta. Assim, há a heterogeneidade semântica. No que toca ao plano pragmático, as possibilidades de aplicação são diversas; o uso da norma é diversificado. Nesse ponto, há a heterogeneidade pragmática. Dessa forma, a norma jurídica apenas possui fechamento em plano sintático, sendo aberta nos planos semântico e pragmático.

⁶⁸ SANTI, Eurico. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 45.

1.5 - Norma primária sancionatória e norma secundária: sanções primárias e secundárias; ilícitos primários e secundários.

Neste ponto, cumpre realizar uma distinção entre norma primária sancionatória e norma secundária. O fato de ambas possuírem caráter sancionatório pode levar o cientista a algumas dúvidas.

O critério fundamental para distinguir ambas é que nas normas primárias sancionatórias estar-se-á ante uma relação de direito material, não há a figura do Estado-Juiz, ao passo que na norma secundária sempre haverá a relação jurídico-processual. LOURIVAL VILANOVA oferece um exemplo de sanção na norma primária:

“O pagamento de um percentual de juros pela tardia adimplência da prestação do locatário, como a rescisão contratual independente de qualquer medida judicial, são geralmente cláusulas acessórias adjetas às cláusulas principais. As prestações subsequentes às prestações principais são apenas acréscimos em ônus, ou a desvantagem, para o locatário, da rescisão contratual. Mas essa sanção, cujo pressuposto é o descumprimento de obrigações negociais, é parte integrante da norma primária. [...] tudo isso passa-se em nível da pretensão e da ação, antes do processo[...].”⁶⁹

Paulo de Barros Carvalho⁷⁰ traz o exemplo das sanções administrativas, que estabelecem multas e outras penalidades, agravando o valor cobrado a título de tributo. Mas lhe falta a presença da atividade jurisdicional na exigência coativa da prestação.

Já a norma secundária, para ser aplicada, para incidir, sempre pressupõe um processo Judicial. Não se aplica norma secundária sem se passar, antes, por uma relação jurídica processual.

⁶⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.192-193.

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

Como demonstrado, nos exemplos acima, não há a presença do Estado-Juiz; não há relação processual, mas, mesmo assim, se fala de sanção, logo, de fato ilícito.

Fala-se de fato ilícito na norma primária e na norma secundária, bem como se fala de sanção na norma primária e na norma secundária, com o fito de sanar a ambiguidade inerente aos termos, o fato ilícito previsto no antecedente da norma primária sancionadora será nomeado fato ilícito primário, e a sanção que lhe é correspondente será nomeada sanção primária.

O mesmo raciocínio se aplica à norma secundária; quando se fala em fato ilícito contido no antecedente da norma secundária, este será chamado de fato ilícito secundário, ao passo que a sanção que lhe corresponde é chamada de sanção secundária, essa sim, aplicada unicamente pelo Estado-Juiz, em sede de relação jurídica processual.

1.6 - Normas abstratas e concretas, gerais e individuais.

As normas jurídicas são alvo de nova classificação: as que têm como critério a conotação e a denotação. Assim, as normas são classificadas em: gerais e individuais, abstratas e concretas.

A norma será abstrata ou concreta quando analisada sob o prisma do antecedente normativo. Quando houver a indicação, no antecedente, dos critérios de uso, ou classes, ter-se-á a norma classificada como abstrata. Assim, a conduta conotada componente do antecedente normativo é critério determinante para classificar a norma como abstrata.

Por sua vez, novamente tendo como referência o antecedente normativo, quando esses critérios de uso forem preenchidos, ou seja, quando houver a denotação, estar-se-á diante de uma norma concreta. É um comportamento descrito pela autoridade competente como realizado no mundo do ser e transportado para o mundo do dever-ser. Um ponto importante merece ser ressaltado: apenas quem conota e denota são autoridades competentes.

Aqueles legislam, criam os critérios de uso; estes, aplicam, preenchem aquelas variáveis, denotam.

A classificação das normas em gerais e individuais tem como referência para a sua classificação o conseqüente normativo. Se o conseqüente normativo (que é relação jurídica), não contiver sujeitos-de-direito determinados, ela é geral; tendo os sujeitos-de-direito determinados, ela é classificada como individual. Mas cumpre chamar a atenção, aqui, para uma possível confusão semântica que pode acontecer quando do uso do signo “relação jurídica”. *A relação jurídica é formal-jurídica quando localizada no conseqüente de norma geral; e é relação jurídica no sentido estrito quando localizada no conseqüente de norma individual.*⁷¹ Eis uma distinção importante.

No presente ponto, cumpre trazer à tona a estrutura dos documentos normativos, compostos unicamente por enunciados prescritivos, sendo que estes se subdividem em: enunciação-enunciada e enunciado-enunciado.

É importante lembrar que todas as normas classificadas acima pressupõem um ato de vontade que as insira no sistema de direito. Para que a norma ingresse no sistema de direito é necessária outra norma que a insira no sistema. Essa norma que insere normas no sistema é chamada de veículo introdutor. Todas as normas possuem (ou devem possuir) um veículo introdutor. Tal veículo introdutor (norma) é construído a partir dos dêiticos (marcas de pessoa, tempo, espaço e procedimento) deixados no documento normativo. Dessa forma, constrói-se o veículo introdutor pela leitura da enunciação-enunciada marcada no documento normativo. Da leitura dos outros enunciados prescritivos (enunciados-enunciados) constrói-se a norma jurídica destinada aos sujeitos-de-direito. No caso do veículo introdutor, a norma é classificada como concreta e geral. Podemos dizer que as normas sempre

⁷¹ Segundo EURICO DE SANTI: “Nas normas gerais e abstratas situam-se as relações formais-jurídicas. As relações jurídicas – em sentido técnico dogmático – pertencem ao domínio do concreto, advêm de fatos no tempo-espaço localizados. Relação jurídica neste sentido estrito, não é uma relação qualquer, mas é aquela que se dá entre sujeitos de direito, em razão da ocorrência de determinado fato jurídico. É concreta, pois prescreve uma conduta específica e não uma conduta-tipo (abstrata); é individual, os termos da relação “Sa” e “Sp”, categoremáticas, referentes e relato, são identificáveis, individualizáveis, não são meras categorias de sujeitos quaisquer.”(SANTI, Eurico. **Lançamento tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva,2010. p.61)

ingressam em pares no ordenamento jurídico: a norma do veículo introdutor e a norma introduzida.

1.7 - Conotação e denotação do antecedente das normas jurídicas: o problema do fato jurídico.

O conceito de fato jurídico é o conceito limite. Fora do conjunto de fatos jurídicos, ali onde nenhuma norma alcance o fato para relacioná-lo com efeitos jurídicos, há fato juridicamente neutro, juridicamente irrelevante.⁷² Assim, o que estiver fora da qualificação “jurídico”, é irrelevante para o estudo da Ciência do Direito, nos termos aqui expostos.

A norma abstrata enuncia a conotação do fato jurídico, ao passo que a norma concreta enuncia a denotação do fato jurídico. Dessa forma, o fato jurídico ganha existência apenas no ato de aplicação do direito, ou seja, quando há denotação. Antes da denotação apenas há descrição de acontecimentos. *Apenas há o fato jurídico com a incidência da linguagem da autoridade competente sobre a realidade social, ou seja, é no ato de aplicação que se constrói o fato jurídico.* Segundo PAULO DE BARROS CARVALHO:

“[...] o fato jurídico tributário será tomado como um enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, emitido, portanto, com função prescritiva, num determinado ponto do processo de positivação do direito.”⁷³

O símbolo “fato jurídico” é polissêmico e possui, dentro dos termos aqui trabalhados, dois sentidos: fato jurídico enunciação-enunciada e fato jurídico enunciado-enunciado. Como o fato jurídico se encontra no antecedente da norma concreta, impende dissociar o fato jurídico localizado no antecedente do veículo introdutor (enunciação-enunciada) do fato jurídico localizado no

⁷² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 216.

⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 174.

antecedente de uma norma concreta posta pelo veículo introdutor (enunciado-enunciado).

O veículo introdutor é uma norma da espécie concreta e geral, pois dispõe em seu antecedente de um procedimento realizado por sujeito credenciado pelo sistema de direito positivo bem como as coordenadas de tempo e espaço (é um fato jurídico de produção normativa). Em seu conseqüente situa-se a obrigação de toda a comunidade respeitar os preceitos contidos naquele documento normativo. Todo o procedimento realizado pelo sujeito competente, em espaço e tempo determinados, é alcançado por meio dos rastros deixados no documento normativo. Esse procedimento é fato jurídico enunciação-enunciada.

Diferente do veículo introdutor é a norma individual e concreta que traz em seu antecedente o fato jurídico e em seu conseqüente a relação jurídica estatuída. Essa norma individual e concreta é construída a partir da leitura dos enunciados-enunciados contidos no documento normativo (por exemplo, a leitura de uma sentença). Mas, obviamente, normas gerais e abstratas também são construídas a partir da leitura de enunciados-enunciados (por exemplo, a leitura de artigos do Código Civil).

Assim, no antecedente do veículo introdutor tem-se o fato jurídico enunciação-enunciada; no antecedente da norma concreta e individual tem-se o fato jurídico enunciado-enunciado, eis a distinção. Ambos enunciados protocolares, resultados de aplicação/incidência do direito. Esses enunciados preenchem critérios de uso, logo, são denotação, eis a semelhança.

1.8- O efeito do fato jurídico é a relação jurídica. A (ir)retroatividade da relação jurídica: seus efeitos no tempo.

Dentro de nossa construção teórica, o efeito imediato do fato jurídico é a instauração da relação jurídica em sentido estrito. Não o evento, não o fato, mas, sim o fato jurídico, a denotação, o preenchimento da hipótese

normativa⁷⁴. Estamos operando em plano de imputação normativa, não causalidade social. O evento, tão-só, não gera qualquer efeito normativo. No momento em que ele é revestido pela linguagem da autoridade normativa, ingressando, assim, no mundo do dever-ser, ele passa a se chamar “fato jurídico”. Mas da ocorrência do evento, puro e simples, nenhuma relação jurídica é instaurada. O que se instaura é mais um elo na cadeia da causalidade natural ou social, apenas. Então, pensamos que é fundamental a distinção entre os efeitos do puro fato, ou do evento, e os efeitos do fato jurídico.

A relação jurídica, efeito imediato e necessário do fato jurídico, gera efeitos no tempo. Mas quais são esses efeitos no tempo?

Falar de tempo numa dissertação certamente remete o leitor aos mais finos e profundos trabalhos filosóficos, a exemplo de SANTO AGOSTINHO⁷⁵ e FRANÇOIS OST⁷⁶. Não é o nosso intuito o aprofundamento no tema, apesar de, mais a frente neste tópico, tratarmos da questão do tempo externo e interno ao direito. De início, já podemos falar que não há como confundir o nosso tempo, do mundo social, com o tempo do direito. E isso por uma questão de separação ontológica. Uma coisa é o mundo real (com seu tempo, sua lei da causalidade) e outra coisa é o mundo do dever-ser (com o seu tempo normativo e sua lei da imputação normativa). Lembremos aqui da constante

⁷⁴ É de fundamental importância a distinção entre “evento”, “fato” e “fato jurídico”. Para tal diferenciação nos valem o exemplo de PAULO DE BARROS CARVALHO: “[...] nasce uma criança. Isto é um evento. Os pais, entretanto, contam aos vizinhos, relatam os pormenores aos amigos e escrevem aos parentes de fora para dar-lhes a notícia. Aquele evento, por força dessas manifestações de linguagem, adquiriu também as proporções de um fato, num de seus aspectos, fato social. Mas não houve o fato jurídico correspondente. A ordem jurídica, até agora ao menos, não registrou o aparecimento de uma nova pessoa, centro de imputação de direitos e de deveres. A constituição jurídica desse fato vai ocorrer quando os pais ou responsáveis comparecerem ao cartório de registro civil e prestarem declarações. O oficial do cartório expedirá norma jurídica, em que o antecedente é o fato jurídico do nascimento, na conformidade das declarações prestadas, e o consequente é a prescrição de relações jurídica em que o recém-nascido aparece como titular dos direitos subjetivos fundamentais (ao nome, à integridade física, à liberdade etc.), oponíveis a todos os demais da sociedade. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143 – 144.)

⁷⁵ AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.p.322.

⁷⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

lição do Professor Paulo de Barros Carvalho: o direito constitui a sua própria realidade.⁷⁷

Como podemos perceber, o fato social e o fato jurídico não se tocam. Ambos constituem-se em linguagem, mas não se comunicam. O fato social ocupa espaço no ser, ao passo que o fato jurídico possui a esfera do dever-ser. Exaurido o fato social, não mais temos acesso a ele, ao acontecimento em si, que é único e irrepetível. Nunca o mesmo acontecimento irá ocorrer duas vezes de maneira igual. Temos acesso a relatos, apenas. O que aconteceu em um ponto espaço-temporal é revestível por linguagem e é apenas por meio da linguagem que ele pode ser alçado ao patamar de fato jurídico. O fato jurídico sempre será posterior ao fato social.

Assim, o tempo do ser não se comunica com o tempo do dever-ser. Isso quer dizer que o tempo, no interior do direito, corre de maneira diferente do tempo em seu exterior. Eis o tempo externo e o tempo interno do direito. Aquele nada altera o direito; este movimenta o direito. Tempo na enunciação-enunciada, no enunciado-enunciado, eis o limite temporal no interior do direito positivo. O tempo interno não extrapola o limite dos enunciados prescritivos; não se comunica com o tempo externo. Fazendo um paralelo podemos equiparar essa incomunicabilidade temporal à incomunicabilidade entre os planos do ser e do dever ser.

De posse deste delineamento preliminar podemos ingressar na problemática central deste tópico, que diz respeito aos efeitos da relação jurídica. Os efeitos da relação jurídica são dois: (i) retroativos (*ex tunc*) e (ii) não-retroativos (*ex nunc*). Vamos centrar nossa atenção no (i) para ao final entendermos que nenhuma relação jurídica retroage seus efeitos.

De início, cumpre esclarecer o que entendemos por “efeitos retroativos”. No uso comum da doutrina, “retroativos” são os efeitos que voltam no tempo. Mas

⁷⁷ O professor paulista constantemente diferencia a realidade jurídica e a realidade social. De acordo com o mencionado autor: “[...] a realidade jurídica é constituída, em toda a sua extensão, em todos os seus momentos e manifestações, em todas as suas instâncias organizacionais, pela linguagem do direito posto, entrando nessa função configuradora tanto as normas gerais e abstratas e gerais e concretas como as individuais e abstratas e as individuais e concretas, a quais decompostas, exibem a multiplicidade imensa dos enunciados jurídicos-prescritivos.”(CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4.ed.São Paulo: Noeses. 2011. p 173)

será possível tal acontecimento? Ou isso seria um sem sentido semântico?
AURORA TOMAZINI DE CARVALHO realiza tal questionamento:

“Mas, como algo pode voltar no tempo se este só anda para frente não resgatando os acontecimentos passados? É uma impossibilidade cronológica algo produzir efeitos para o passado, quando este se encontra concretizado. Como o direito teria este condão?”⁷⁸

Pois bem, quando se diz que os efeitos da relação jurídica são retroativos à data do evento, isso não significa que a relação jurídica constituída possa alterar o passado, mas só o presente e o futuro. Ora, os efeitos de uma relação jurídica são o direito subjetivo e o dever jurídico correlatos. Esses direitos subjetivos e deveres jurídicos não voltam no tempo, eles só podem valer da sua constituição para frente.

Mas, em alguns casos, o próprio direito permite que essas relações jurídicas sejam utilizadas como fundamentação para a desconstituição de outras relações jurídicas que foram constituídas no passado e que continuam existentes no presente. A essa possibilidade atribui-se o nome de retroatividade. Mas, percebe-se, os efeitos da relação jurídica não possuem qualquer condão de atingir relações jurídicas passadas ou presentes.

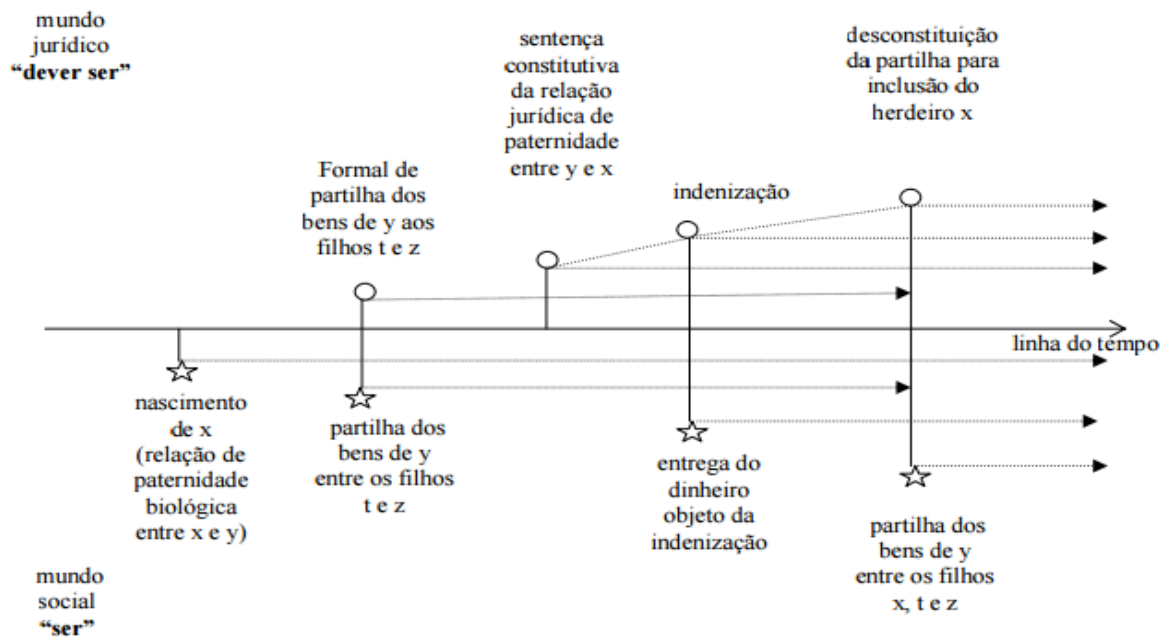
Apesar do direito alcançar os acontecimentos passados, as suas relações são sempre constituídas no presente para o futuro, jamais para o passado. Qualquer que seja o efeito, *ex tunc* ou *ex nunc*, ele sempre opera para o futuro.

Vejamos, esses efeitos apenas operam no tempo interno do direito, pois este constitui a sua própria realidade. Apesar de ser possível alcançar as relações jurídicas constituídas no passado, essas relações jurídicas só serão afetadas mais a frente.

O esquema proposto por AURORA TOMAZINI DE CARVALHO⁷⁹ é bem esclarecedor e demonstra como a relação jurídica jamais volta no tempo.

⁷⁸ CARVALHO, Aurora. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2014. p. 627.

⁷⁹ CARVALHO, Aurora. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2014. p. 629.



No exemplo acima fica bem claro que é constituída uma relação jurídica entre x e y após o revestimento do evento “nascimento” ser feito em linguagem de autoridade credenciada e, assim, integrar o antecedente de uma norma individual e concreta. A partir do momento em que essa norma foi ejetada no sistema, é que y passou a ser pai de x. Obviamente que, isso, pela ótica do dever-ser. A norma que constitui a relação de paternidade não retroagiu; ela constituiu essa relação a partir do momento que a autoridade competente falou “y é pai de x, então x deve ter todos os direitos de um filho e y deve arcar com todos os deveres inerentes a um pai”.

1.9 – Quando a determinada conduta é proibida: a importância da sanção para o sistema de direito positivo.

Todo o exposto a respeito do “fato jurídico” é utilizado neste tópico. Em primeiro momento será tratado o problema conotativo do comportamento que, se realizado, é enquadrado no conceito de “fato jurídico ilícito” para, logo depois, ingressarmos no problema denotativo do fato jurídico ilícito. A pergunta

a ser respondida, neste ponto, é: o que faz uma conduta ser proibida? Kelsen responde à questão:

“Quando uma ordem social, tal como a ordem jurídica, prescreve uma conduta pelo fato de estatuir como devida (devendo ser) uma sanção para a hipótese da conduta oposta, podemos descrever esta situação dizendo que, no caso de se verificar uma determinada conduta, se deve seguir determinada sanção. Com isto já se afirma que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita.”⁸⁰

Dessa maneira, se àquele comportamento se imputar uma sanção, este comportamento é proibido, logo, ilícito. Os conceitos de ilícito e sanção são correlativos. A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção.⁸¹

A norma é jurídica porque se sujeita à sanção⁸². A sanção é parte integrante da estrutura completa da norma jurídica. Inexistem regras jurídicas sem as correspondentes sanções, isto é, as normas sancionatórias⁸³. Se de uma norma jurídica suprime-se a norma secundária sancionadora da norma primária, fica a norma primária desprovida de juridicidade⁸⁴. Assim, a sanção é um traço constitutivo da norma jurídica.

O ilícito e o lícito são os únicos valores jurídicos pelos quais se adjetivam condutas humanas. Os únicos, porque sintaticamente, na norma, outro não se constrói.⁸⁵ Portanto, o fato ilícito é aquele ao qual é imputável uma sanção, seja primária, seja secundária. Eis o conceito.

⁸⁰ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.27.

⁸¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 43.

⁸² Santi, Eurico. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 41.

⁸³ Carvalho, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

⁸⁴ Vilanova, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 190.

⁸⁵ Almeida, Júlio César. **Retórica dos Silêncios normativos e lacunas no direito: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2014.p.72.

1.10 – O fato jurídico ilícito primário e secundário: a relação jurídica processual como pressuposto da sanção secundária.

O fato jurídico, como exposto, é a denotação realizada por autoridade competente com base em critérios de uso, que estão previstos em sede de normas abstratas. Como o fato jurídico, o fato jurídico ilícito só será construído por autoridade competente, linguisticamente.

Retoma-se, aqui, a distinção realizada, entre fato ilícito primário e secundário; aquele pressuposto de sanção primária e este pressuposto de sanção secundária.

O fato ilícito secundário, pressuposto da sanção secundária, só pode ser construído pelo Estado-Juiz e através de um processo judicial. O processo judicial é a instância pressuposta do fato ilícito secundário, pois apenas quem pode aplicar a sanção secundária é o sujeito competente. Nesse caso, o Estado-Juiz.

Como exposto, a grande distinção entre norma primária sancionadora e norma secundária reside na relação jurídica processual; apenas pela via do processo judicial é que o Estado-Juiz pode sancionar. Essa sanção secundária se manifesta por uma sentença, seja constitutiva, declaratória ou condenatória⁸⁶, em que há a procedência pelo menos parcial do pedido.

Desta feita, a denotação de fato ilícito secundário pressupõe a relação jurídica processual. Antes da relação jurídica processual não se tem fato ilícito; se constituído, o será por meio de relação jurídica processual, eis o seu pressuposto lógico. A incidência, neste caso, se opera por meio de um processo judicial, de uma relação jurídica processual. Antes dela não há que se falar em fato ilícito denotado, antecedente da norma secundária.

O fato jurídico ilícito primário é aplicado por qualquer sujeito competente para tal aplicação, desde que não seja o Estado-Juiz. Dessa forma, carece de relação jurídica processual como pressuposto.

⁸⁶ Não concordamos com tal classificação das sentenças, pois todas as sentenças visam constituir uma relação jurídica, razão pela qual todas seriam constitutivas.

Assim, algumas expressões correntes da Ciência do Direito não se encaixam no esquema teórico aqui proposto. Pensemos no exemplo extremo, que é a *querela nullitatis*. A mencionada ação é usada em caráter excepcionalíssimo contra sentença inválida, nula. A concordância entre os estudiosos do assunto é que se não houver citação válida e a sentença mesmo assim for proferida, não obstante a mesma estar revestida pela coisa julgada material, é oponível a *querela*, pois a mencionada ação é imprescritível.

É por meio do contato com a enunciação-enunciada da sentença que se chega ao vício formal de procedimento, que é o que é atacado na *querela nullitatis*.

Ocorre que antes da ação ser oposta contra a mencionada sentença, essa permanece válida como qualquer outra norma, pois pertence ao sistema de direito positivo. Ou seja, não houve o pressuposto processual “citação válida” e, mesmo assim, houve relação processual entre autor e Estado-juiz. De modo que o fato jurídico ilícito “prolatar sentença viciada” só pode ser construído por meio de uma relação jurídica processual.

Outro exemplo é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Mencionada Ação tem o fito de retirar a norma inconstitucional do sistema de direito positivo. É pela enunciação-enunciada que se chega aos limites formais e é pelo contato com os enunciados-enunciados que se chega aos limites materiais.

Ocorre que o fato jurídico ilícito “não observar os limites formais e/ou materiais ao legislar” apenas será construído por meio de um processo também. Enquanto não o for, a norma permanece no sistema.

Assim, mesmo que a norma esteja viciada, apenas outra norma, por meio de um processo judicial, é que poderá retirá-la do sistema.

Com esses elementos já é possível definir o conceito do símbolo “norma jurídica”. Como exposto mais acima, a linguagem pode ser estudada pelos planos pragmático, sintático e semântico. Dessa forma, para os fins do trabalho, o conceito de norma jurídica definido será: a significação deôntica, completa, articulada entre os textos de direito positivo (semântica), estruturada na forma lógica do condicional (sintática), resultado do uso prescritivo da linguagem (pragmática).

Dessa forma, o intérprete ao se deparar com o enunciado prescritivo (suporte físico), enxerga na conduta humana o significado deste suporte e cria a significação isolada. Quando uma gama de enunciados (suportes físicos) já é suficiente para preencher a estrutura implicacional da norma jurídica, o significado desses suportes será a descrição de uma conduta (conotação) ou a conduta realizada como enunciado protocolar (denotação), ao passo que a significação será a norma jurídica.

1.11 - Entre norma de conduta e norma de estrutura: os respectivos consequentes normativos. Por uma distinção entre sanção e nulidade.

Feito o ingresso no universo (analítico) da norma jurídica, com o fito de resolver mais um problema, vamos usar outra classificação. Classificação já consagrada e que advém do jurista italiano NORBERTO BOBBIO. BOBBIO classifica as normas, quanto ao objeto de sua regulação, em normas de conduta e normas de estrutura. Ao explicar a sua classificação, BOBBIO assevera:

“Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a produção de outras normas. Começemos pela Constituição (...) há normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como as que dizem respeito aos direitos de liberdade; mas existem outras normas que regulam o processo através do qual o Parlamento pode funcionar para exercer o Poder Legislativo, e, portanto, não estabelecem nada a respeito das pessoas, limitando-se a estabelecer a maneira pela qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser emanadas.”⁸⁷

Apesar de, neste tópico, utilizarmos essa classificação, não significa que ela esteja imune a críticas. A crítica mais conhecida e realmente a que causa maior impacto é: criar normas também é uma conduta. Para falarmos com TÁCIO LACERDA GAMA, nomogênese é um “processo por meio do qual o sujeito

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 46.

competente cria, modifica ou extingue uma norma jurídica num sistema de direito positivo qualquer.”⁸⁸ Dessa maneira, toda norma sempre visa regular a conduta humana; como criar normas é uma conduta, não seriam todas as normas classificáveis como normas de conduta? Ocorre que há condutas que são reguladas de maneira mediata e imediata, ou seja, a finalidade da norma é regular a conduta humana. A essas normas chamaremos normas de conduta. Já as normas que têm como finalidade imediata regular a conduta do agente competente para mediatamente produzir enunciados prescritivos, são classificadas normas de estrutura. Ciente deste ponto de contato entre normas de conduta e normas de estrutura, PAULO DE BARROS Carvalho distingue ambas:

“Os teóricos gerais do direito costumam discernir as regras jurídicas em dois grandes grupos: normas de comportamento e normas de estrutura. As primeiras estão diretamente voltadas para a conduta das pessoas, nas relações de intersubjetividade; as de estrutura dirigem-se igualmente para as condutas interpessoais, tendo por objeto, porém, os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deôntico-jurídicas, motivo pelo qual dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema.”⁸⁹

As normas de estrutura também podem ser chamadas de normas de produção jurídica. Essas normas delineiam as notas que devem ser preenchidas para que a norma ingresse no ordenamento jurídico sem nenhum tipo de vício. Para que mais tarde não seja anulada.

As normas de estrutura atribuem o caráter autorreferente ao sistema de direito positivo. Ou seja, o direito-objeto apenas é alterado por intermédio de outras normas jurídicas. Eis o seu fechamento sintático. Alterar o direito-objeto é aplicar normas de estrutura. E mais, aplicar normas de conduta é aplicar normas de estrutura, também. Isso se deve ao fechamento operacional do direito. Apenas quem aplica as normas é uma autoridade competente, e para

⁸⁸ GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses. 2009. p. LI do glossário.

⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186.

fazê-lo, deve respeitar certos limites, limites, estes, que são impostos pelas normas de estrutura.

Por ambas serem normas, ambas possuem a mesma estrutura lógico-sintática, que é: $D(H \rightarrow R_j) \vee (\neg R_j \rightarrow R_j')$.

Ocorre que, como dito, as normas de conduta, de maneira imediata e de maneira mediata visam reger a conduta humana que estiver ao alcance das notas da hipótese normativa. Assim, a finalidade da norma de conduta é a de regular o comportamento humano, e não a produção normativa.

Desse modo, podemos fazer uma definição de maneira negativa (o que não é aconselhado pelos Lógicos). Toda conduta regida normativamente que não vise a criação de normas está abarcada pela hipótese da norma de conduta.

A outra grande diferença entre ambas reside na norma secundária. Apesar de a norma secundária ser conhecida como “norma sancionatória”, por vezes ela não prevê sanção, mas, sim, uma invalidade, como é o caso das normas de estrutura.

Assim, para nós, a norma de conduta sempre possuirá em sua norma secundária a previsão de uma sanção, que é, ao estilo kelseniano, a privação da liberdade ou de propriedade atribuída a sujeito(s) determinado(s). Os exemplos de condutas que, desrespeitadas, “desaguam” em uma sanção, são inúmeros. Os mais nítidos são os exemplos das normas penais, cíveis e tributárias. Por exemplo: se matar, deve ser pena de privação de liberdade; se celebrar negócio jurídico e não cumpri-lo, deve ser o ressarcimento; se não pagar o tributo, deve ser executado pelo Estado. Assim, para fins de pacto semântico, vamos ver na sanção as notas principais como sendo a privação de liberdade e de propriedade.

Agora vamos nos deter ao problema das normas de estrutura, que podem ser entendidas como normas de produção jurídica. Essas normas determinam o procedimento, o sujeito competente e a matéria que devem ser respeitados para que a norma seja ejetada no sistema de direito positivo sem qualquer vício; sem que ela seja predicável pela Ciência do Direito como anulável.

GABRIEL IVO⁹⁰ realiza o seguinte esquema para explicar o processo de produção dos enunciados prescritivos:

Npj1(c), Npj2(p), Npj3(m)



$A \rightarrow Ep (ee + ee)$

O esquema proposto por IVO, com o qual não concordamos integralmente, significa que:

“Normas de produção jurídica, construídas a partir de outros enunciados prescritivos, estabelecem o ato de criação de outros enunciados prescritivos. Assim, as normas Npj1, Npj2 e Npj3 estabelecem a competência, o procedimento e, de certa forma, o conteúdo para se criar novos enunciados prescritivos Ep, por meio da realização de atos específicos A”⁹¹

Em Npj1 as normas são de competência, em Npj2 as normas preveem o procedimento a ser seguido pelo sujeito competente e em Npj3 há o delineamento da matéria a ser tratada. Não concordamos integralmente com o esquema proposto pelo Professor alagoano. Por alguns motivos. A separação entre as normas de produção jurídica, representadas por “Npj” é feita com vírgula, e não com um sinal que indica a conjunção. Pensamos que a vírgula poderia ser substituída por “.” ou por \wedge , sinais que indicam a ideia de conjunção. Os símbolos que indicam as normas de produção jurídica são sucedidos por um functor deôntico, o que indica a ideia de implicação, mas, pensamos, se fizemos a substituição aqui proposta, teríamos o esquema mais acertado. O outro problema é que o autor usa “ee” para se referir tanto à enunciação-enunciada como ao enunciado-enunciado, o que gera ambiguidade, apesar de não causar maiores danos à compreensão do esquema formal.

Outro ponto, e agora uma questão de semântica, é que o autor indica Npj1(c) como sendo aquela que prevê a existência de um órgão normativo credenciado

⁹⁰ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 4.

⁹¹ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 4.

a criar enunciados prescritivos. Não pensamos que a norma de competência delimite apenas o sujeito competente, como passaremos a mostrar.

Nossa ideia é que os limites formais e materiais estão incluídos na norma de competência. Assim, quando uma norma é anulada, significa que sua produção foi viciada, seja quanto ao sujeito, seja quanto ao procedimento, seja quanto à matéria. O que podemos inferir de maneira imediata dessa nossa postura quanto às normas de competência é que o agente credenciado a criar enunciados prescritivos possui limites para sua criação. Esses limites constroem a sua ação de criar enunciados prescritivos, pois eles limitam-no tanto procedimentalmente e materialmente quanto a ele mesmo, pois o agente competente não pode interferir na competência de outro agente. Por exemplo: o Município de Vitória não pode legislar a respeito do Código Penal, uma vez que a competência é da União. Fazendo-o (ou tentando fazer) o Município estaria exorbitando aquela parcela de atuação que o sistema de direito positivo lhe conferiu.⁹²

Assim, agir de acordo com a sua competência é respeitar os limites materiais e formais. A conjunção das normas que conferem competência a certo agente credenciado, das normas que delimitam o seu procedimento e das normas que limitam a matéria a ser regulada, desenharam os limites do agente competente.

CRISTIANE MENDONÇA e TÁCIO LACERDA GAMA trabalham a estrutura lógica da norma de competência e incluem esses limites formais e materiais no arquétipo lógico. Dessa forma, estamos trabalhando, aqui, norma de competência como equivalente a norma de produção jurídica. Ambas ao longo do texto podem ser usadas como sinônimo. E mais, para nós a competência

⁹² Neste sentido CRISTIANE MENDONÇA reforça a nossa ideia: “A engenhosa e relevante tarefa de produção do direito não pode perder de vistas o “dever-ser” que poderá (autorização-permissão) ou deverá (autorização-imposição) ser criado. [...] a habilitação relativa à edição de enunciados normativos também está limitada materialmente.”(MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin. 2004. p. 77 - 78). TÁCIO LACERDA GAMA ao tratar da estrutura lógica da norma de competência e sua limitação material, assevera: “A matéria é composta por um ou mais verbos que descrevem uma conduta. Assim, toda referência à materialidade é sempre uma referência a verbos e seus respectivos complementos. Por isso, quando falamos de condicionantes materiais, estamos falando de enunciados que programam – delimitam – a matéria da norma que será criada. (GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 93)

não está restrita ao agente credenciado a criar enunciados prescritivos, como foi exposto anteriormente.

A professora capixaba CRISTIANE MENDONÇA⁹³ opera com o seguinte arquétipo lógico da norma de competência:

$$\xleftrightarrow{\text{Dsm}}$$

$$\text{NCT} = \{\text{Hct} = [\text{Cm} + \text{Ce} + \text{Ct}] \rightarrow \text{Cct} = [\text{Cp}(\text{Sa} + \text{Sp}) + \text{Cda}(\text{Lf} + \text{Lm})]\}$$

Posta a fórmula, passamos à sua explicação. “NCT” significa “norma de competência tributária”. “Hct” é a hipótese normativa. Essa hipótese normativa, à semelhança da estrutura lógica da norma exposta anteriormente, abriga os critérios: material, espacial e temporal. O critério material, segundo a autora, é “ser pessoa política de direito constitucional”. O critério espacial é: previamente definido (no território brasileiro). E o critério temporal é: condicionante de tempo.

O “Cct” é o conseqüente da norma de competência. O “Cp” é o critério pessoal, onde estão os sujeitos ativo e passivo (Sa e Sp). O “Cda” é o critério limitador da autorização. Ele indica o que foi autorizado (quais tipos de enunciados prescritivos) com os limites formais e materiais. “Lf” indica os limites formais, ou seja, estabelece o procedimento a ser seguido para que sejam produzidos os enunciados prescritivos. Esses limites encontram-se na enunciação-enunciada. Por último, temos “Lm”, que são os limites materiais. Estes delineiam o limite dos enunciados-enunciados; delimitam a substância.

A presente estrutura normativa é uma norma primária. Mas e a norma secundária ligada a essa primária? É nesse ponto que iremos nos deter agora.

A todo ilícito ocorrido na criação de enunciados prescritivos damos o nome de ilícito monogenético; é o vício que ocorreu na produção do enunciado prescritivo; o produto nasceu viciado. Alguns autores, dentre eles o professor paulista TÁCIO LACERDA GAMA, operam a invalidade como uma sanção. Mais especificamente, o mencionado autor diz que “a norma anulatória tem

⁹³ MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin. 2004. p. 71.

natureza de sanção monogenética.”⁹⁴ Mas não concordamos com a posição do autor.

A ideia de sanção vem acompanhada de um mal, de um castigo àquele que cometeu o ato ilícito. Como dito mais acima, as normas penais são um belo exemplo da conduta ilícita que possui como consequência uma sanção. Ocorre que no caso de uma invalidade de norma, devemos nos perguntar: qual é o mal que o agente criador da norma sofre? O fato do agente “ver” a sua norma ser anulada não nos parece ser suficiente para caracterizar uma sanção. Apesar da criação de enunciados prescritivos ser um ato predicável como lícito ou ilícito, a invalidação desses enunciados não nos parece se adequar à ideia de sanção, que é justamente um mal atribuído ao sujeito que cometeu a infração.

Então, fixemos que para o descumprimento de normas de conduta temos a sanção jurídica; para o descumprimento de normas de estrutura temos a invalidade. Eis mais um pacto semântico.

Pois bem. Mas e qual a norma secundária que se encontra “ligada” à norma de competência (ou norma de produção jurídica)? Para nós a norma de invalidade é a norma secundária da norma de estrutura.

Dessa maneira, o descumprimento da Cct dá ensejo à instauração de outra relação jurídica, que é a relação jurídica de invalidação. Então, temos: $(Hct \rightarrow Cct) \vee (- Cct \rightarrow Rj')$, onde, repita-se, Rj' é a relação de invalidação.

Assim sendo, a consequência normativa da norma secundária de uma norma de estrutura é a invalidação, que não é sanção. Assim, todo o ilícito monogenético gera, pela imputação normativa, uma consequência, e essa consequência é a invalidação. Essa invalidação pode ser: inconstitucionalidade, ilegalidade e nulidade.

⁹⁴ GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 113.

CAPÍTULO II – O sistema de direito positivo: sua estrutura escalonada e o problema da validade das normas jurídicas. As dimensões semióticas do sistema de direito posto: fechamento sintático e abertura semântica e pragmática.

No presente capítulo procuraremos, de acordo com os pressupostos teóricos fixados no trabalho, conferir uma visão linguística e analítica a respeito do sistema de direito positivo. De início iremos propor uma abordagem semiótica a respeito do fechamento e da abertura do sistema de direito positivo. Após a aplicação das categorias semióticas ao sistema de direito positivo, passamos à resolução de questões fundamentais ligadas à sua estrutura. Essas questões são: o que confere unidade ao sistema? Qual a sua classificação? Como o sistema se encontra estruturado? O que faz uma norma ser válida?

Ao analisarmos a estrutura do sistema de direito positivo, inevitavelmente teremos que analisar a “norma fundamental”, um dos mais espinhentos temas da epistemologia kelseniana.

Assim, esse capítulo objetiva realizar uma análise dinâmica a respeito do sistema de direito positivo.

2.1 - Dimensões semióticas do ordenamento jurídico: o fechamento sintático e a abertura semântica e pragmática.

O objeto de nossa investigação é o conjunto de enunciados prescritivos válidos, logo, nosso objeto de estudo é a linguagem. Como é linguagem o nosso objeto, ele terá como propriedades (é uma relação ontológica) a ambiguidade, a vaguidade, a carga emotiva e a porosidade. No trato com a linguagem, quanto maior for a redução dessas propriedades, maior a precisão do discurso científico. E um dos méritos do constructivismo lógico-semântico é essa tentativa de aproximação entre as propriedades linguísticas, ou redução, nunca eliminação. Quanto menos vago, menos ambíguo, menos poroso e

menor for a carga axiológica, maior precisão terá o discurso científico. No caso do direito-objeto esse “problema” se agrava, pois o intérprete tem um comprometimento existencial com o seu objeto de estudos. Cientes da dificuldade de desatar esse laço axiológico (que nunca é totalmente desatado) que une cientista e objeto, no caso do direito, asseveram GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI:

“[...] a evolução destas [das ciências sociais] tem sido muito lenta ao longo da história, pois o homem, demasiadamente comprometido com o objeto último de estudo que empreende, encontra dificuldade de tomar a distância adequada para examiná-las com imparcialidade.”⁹⁵ (tradução nossa)

Assim, mais uma vez justificamos a opção pela filosofia analítica. Pensamos que essa tomada de posição contribui para uma ciência mais exata. Realizamos, aqui, uma análise da linguagem seguindo o método do construtivismo lógico semântico.

Conforme dito no primeiro capítulo desta dissertação, a linguagem é composta por um conjunto de signos linguísticos. Signo é tudo aquilo que presta comunicar algo a outrem. O que atribui existência e unidade ao signo é o fato dele estar em relação com algo distinto dele. Deve haver a relação. Dessa maneira, ao tomar contato com o signo, o utente é levado a pensar em outro objeto, distinto dele mesmo, que é o seu significado⁹⁶. O “signo” é signo de algo e é essa relação signo-algo que nos permite isolar as unidades de um sistema qualquer.⁹⁷

A sociedade mesma é um grande tecido linguístico. O homem está tão amarrado à linguagem que quando ele não comunica algo a outrem, ele expede uma mensagem: a de que não está se comunicando. Todo

⁹⁵ GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p 13. No original: “[...] la evolución de éstas ha sido muy lenta a lo largo de la historia, porque el hombre, demasiado comprometido como objeto último del estudio que emprende, encuentra difícil tomar la distancia adecuada para examinarse con imparcialidad.”

⁹⁶ De acordo com o pacto semântico traçado no início do trabalho, a unidade sónica é composta por três componentes: suporte físico, significado e significação.

⁹⁷ GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2. ed. São Paulo: Noeses. 2009. p. 8

comportamento humano como falar, sorrir, chorar, correr, é uma ação dirigida a outrem.⁹⁸

A semiótica é a ciência dos signos; a ciência que estuda os fenômenos da representação. Assim, o signo seria linguagem-objeto e a semiótica, a linguagem descritiva. Como ciência que é, a semiótica não estuda somente as representações verbais, ou seja, as representações vertidas em palavras, mas sistematiza rigorosamente qualquer tipo de representação.⁹⁹

Dentro da classificação¹⁰⁰ sónica em: ícone, índice e símbolo, o direito-positivo é classificado como símbolo. Se todo signo se refere a objetos, qual seria o objeto do direito-positivo? O objeto do signo “direito-positivo” é a conduta humana normativamente regulada. Condutas humanas que fogem à abrangência da hipótese normativa não ingressam como objeto do signo direito-positivo. Ou seja, o texto legal se refere às relações sociais, regulamentando-as.¹⁰¹ Cumpre chamar a atenção para o fato de que o ato de produzir enunciados prescritivos é uma conduta normativamente regulada, e que é classificado normalmente como norma de estrutura. Mas até essas normas de estrutura, em última instância, prescrevem comportamento, qual seja, o de produzir os enunciados prescritivos em observância ao texto posto.

Dessa forma, o direito-positivo é signo da espécie símbolo, dado o fato de ser constituído integralmente por linguagem escrita. Como símbolo que é, o direito-posto pode ser analisado pelas três dimensões linguísticas: sintática, semântica e pragmática.

⁹⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma jurídica**. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.12.

⁹⁹ VON OERTZEN, Clarice. Semiótica na Hermenêutica e Interpretação Constitucional. In: _____. VI **Congresso Nacional de Estudos Tributários**: Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual. São Paulo: Noeses, 2009. P. 161.

¹⁰⁰ Ícone: signos que possuem alguma similaridade com o objeto que representam. Exemplo: fotografias, estátuas, esculturas; índices: signos que mantêm alguma relação existencial com o objeto que representam. Exemplos: fumaça indicando fogo, chão molhado denotando chuva, febre denunciando uma infecção; símbolos: signos que possuem relações convencionais com os objetos que denotam. O exemplo mais comum e esclarecedor é a palavra. (VON OERTZEN, Clarice. Semiótica na Hermenêutica e Interpretação Constitucional. In: _____. VI **Congresso Nacional de Estudos Tributários**: Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual. São Paulo: Noeses, 2009. P. 161. 162 – 163)

¹⁰¹ VON OERTZEN, Clarice. Semiótica e investigação do direito. In _____. **Constructivismo Lógico-Semântico**. V.1. São Paulo: Noeses, 2014. p.123.

A análise sintática do direito-positivo omite as dimensões semânticas e pragmáticas, a fim de concentrar o esforço cognoscente apenas na estrutura lógico-gramatical da linguagem; há independência do referencial semântico. Corta-se o vínculo do enunciado com o seu significado, com seus emittentes e destinatários. Apenas os enunciados são postos em evidência para que sejam analisadas as interconexões entre os signos normativos¹⁰². A respeito do domínio da sintaxe, explica CLARICE VON OERTZEN:

“Situa-se no domínio da sintaxe as relações formais que os signos mantêm entre si, bem como as regras de combinação que permitem a construção correta de estruturas sîgnicas mais complexas ou sintagmas. As regras sintáticas, estando próximas do cálculo, foram definidas como o domínio das implicações, em três diferentes acepções: a) estudo da estrutura formal dos signos; b) regras de combinação para a geração de signos compostos; c) as relações formais dos signos entre si.”¹⁰³

Quando criamos a estrutura lógica da norma jurídica, que é uma estrutura lógico-sintática de significação, operamos em nível sintático, apenas. A afirmação “a norma jurídica é sintaticamente homogênea” quer dizer que toda e qualquer norma jurídica possuirá a mesma estrutura.

Analisar o sistema de direito positivo pelo prisma sintático é analisá-lo de maneira fechada, sem relação com outros elementos, sem relação com seus significados e utentes. De acordo com o corte linguístico operado, nosso objeto, neste trabalho, é o conjunto de enunciados prescritivos válidos. Fatores exteriores ao sistema de direito positivo apenas realizam o seu ingresso pela hipótese normativa, o que os torna enunciados também.

Essa postura nos autoriza a analisar apenas os enunciados prescritivos, o que confere fechamento sintático ao sistema de direito positivo.

¹⁰² Estas relações analíticas resultam das regras sintáticas de formação e de derivação ou dedução (WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984. p. 22.); ainda, “Uma investigação do ponto de vista da sintaxe se ocupa do aspecto linguístico-formal do direito.” (SCHEREIBER, Rupert. **Lógica del derecho**. Trad. Ernesto Garzón. Buenos Aires: Sur, 1967. p. 26.

¹⁰³ VON OERTZEN, Clarice. Semiótica e investigação do direito. In _____. **Constructivismo Lógico-Semântico**. V.1. São Paulo: Noeses, 2014. p.132.

Já o aspecto semântico dos signos diz respeito a suas relações com os objetos que denotam.¹⁰⁴ O caráter semântico dos enunciados prescritivos diz respeito à relação signo e objeto designado; entre enunciado prescritivo e conduta humana. O campo de estudos da semântica abrange a relação entre o suporte físico e o seu significado (mais especificamente entre conotação e denotação). É uma teoria da interpretação. Mas a semântica não é estática; é dinâmica. E é dinâmica porque os significados atribuídos, ou atribuíveis, àquele suporte físico, alteram-se com o tempo e com o espaço.

Até estaticamente haverá um momento em que saltará aos olhos do intérprete a vagueza, ambiguidade e carga emotiva. Pensemos no símbolo “careca”. O seu significado pode ser uma pessoa desprovida de cabelo, ou uma bola de tênis desprovida de pelos, ou um pneu “liso”. Ainda, no sentido metafórico, uma pessoa quando saturada daquela informação, expede a mensagem “estou careca de saber disso”. Para ficarmos apenas com o primeiro exemplo, imaginemos quão difícil (senão impossível) é responder à pergunta “quantos fio de cabelo a pessoa deve ter para não ser considerada careca?” Ora, se conotarmos o símbolo “careca” com as características definitórias “pessoa desprovida de pelos na cabeça”, por exemplo, será difícil denotarmos, pois quase todas as pessoas têm pelo menos um fio de cabelo na cabeça, então, alteram-se os critérios de uso do símbolo para “pessoa sem quase todos os fios de cabelo”. Não precisamos nos alongar para demonstrarmos o problema linguístico saltando aos olhos em um exemplo banal.

Dinamicamente, temos a mudança de significado que um mesmo suporte físico experimenta. É comum que em T_1 o símbolo possua certos critérios de uso e em T_2 esses critérios de uso sejam alterados pelo uso dos símbolos pela comunidade de utentes da linguagem. Valores estão em transformação constantemente. Essa alteração influencia o sujeito cognoscente em seu modo de ver o mundo, conseqüentemente, no modo de enxergar certos enunciados. De acordo com REALE, que vê o direito como uma integração normativa de

¹⁰⁴ VON OERTZEN, Clarice. Semiótica e investigação do direito. In _____. **Constructivismo Lógico-Semântico**. V.1. São Paulo: Noeses, 2014. p.140.

fatos segundo valores¹⁰⁵: “[...] a norma jurídica pode sofrer profundas alterações semânticas, não obstante a inalterabilidade formal de seu enunciado, ou a permanência intocável de sua roupagem verbal.”¹⁰⁶ O mencionado autor atribui a mudança de significados devido à natureza do Direito que, segundo ele, é fático-axiológica-normativa.

Mas o mesmo autor assevera que a norma tem certa elasticidade; “as variações a interpretação da norma devem ser compatíveis com a sua elasticidade.” ¹⁰⁷ Ou seja, não é qualquer significado que será atribuível a qualquer signo, pois há um limite. Assim, devido à impossibilidade de se atribuir únicos significados aos suportes físicos, concluiremos que o direito-positivo é um sistema aberto semanticamente. Dessa forma, o referencial semântico dos enunciados prescritivos está suscetível a alterações. E essas mutações semânticas não estão ao alcance do controle do homem.

A linguagem é uma ferramenta utilizada para que, dentre outras funções, haja a comunicação entre os homens. E ao examinar o aspecto comunicacional¹⁰⁸ da linguagem adentramos na dimensão pragmática do signo. É o estudo do discurso. Nas palavras de GUIBOURG, GHIGLIANI E GUARINONI:

“A pragmática tem sido definida como a disciplina que estuda o discurso (quer dizer, a fala, o ato de falar ou de escrever) como um ato humano que se dirige à produção de certos efeitos; mas seu campo de interesse é mais amplo que a mera análise do discurso: pode-se dizer que a pragmática é a parte da semiótica que trata da origem dos signos, de seus usos e dos efeitos que eles produzem na conduta dentro da qual aparecem.” ¹⁰⁹ (tradução nossa)

¹⁰⁵ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119. No mesmo sentido, mais a frente, o mencionado autor assevera: “[...] a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. Ora, o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa.” (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 125)

¹⁰⁶ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210.

¹⁰⁷ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 127.

¹⁰⁸ MARCELO NEVES explica que no estudo da pragmática jurídica revelam-se os componentes finalísticos-ideológicos da linguagem jurídica. (NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.22)

¹⁰⁹ No original: “La pragmática há sido definida como la disciplina que estudia el discurso (es decir, el habla, e lacto de hablar o de escribir) como um acto humano que se dirige a la

O campo da semiótica que visa estudar os usos do signo em relação aos utentes, como se pode notar, possui uma ampla definição (muitos critérios de uso). Preferimos, para realizar a nossa análise, adotar o modelo do Prof. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., que pretende ocupar-se do ato de falar enquanto relação entre emissor e receptor, na medida em que é intercedida por signos linguísticos.¹¹⁰ O ato de falar é concebido como uma mensagem dirigida a outrem com apelo ao entendimento do receptor da mensagem, ou ação linguística.¹¹¹ Assim, o modelo do mencionado professor paulista é o modelo pragmático-comunicacional.

Desta forma, sob essa análise, o direito-objeto é visto como um subsistema comunicacional inserido dentro de um sistema comunicacional maior: a sociedade. O corte é necessário, pois o campo da pragmática é muito amplo, tendo-se chegado a mencionar como exemplos de investigações pragmáticas os processos fisiológicos, as análises psicológicas, etnológicas e sociológicas, no que tange aos hábitos linguísticos de distintas pessoas ou grupos sociais.¹¹²

Assim, o direito-objeto, visto do modo pragmático, ou seja, como um modelo comunicacional, é aberto, pois as situações comunicacionais são as mais diversas, com o contexto influenciando o sentido do enunciado expedido. Se alçarmos o direito a um fenômeno comunicacional, as mais diversas influências incidem sob ele: ideologias¹¹³, finalidades¹¹⁴, jogos de poder, valores, questões sociais dentre outras. Por isso a sua abertura. Comunicar pressupõe abertura

producción de ciertos efectos; pero su campo de interés es más amplio que el mero análisis del discurso: puede decirse que la pragmática es la parte de la semiótica que trata del origen de los signos, de sus usos y de los efectos que ellos producen en la conducta dentro de la cual aparecen.” (GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p.65)

¹¹⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma jurídica**. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 4.

¹¹¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma jurídica**. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 30.

¹¹² GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000. p 66.

¹¹³ Inclusive Warat explicita: “A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais (WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984. p.47.)

¹¹⁴ Na investigação acerca da aplicação da linguagem jurídica, objeto da pragmática do direito, ter-se-ia de investigar para que fins pode ser utilizada a linguagem jurídica e esclarecer qual é a forma do direito correspondente a determinados objetivos políticos-jurídicos. (SCHEREIBER, Rupert. **Lógica del derecho**. Trad. Ernesto Garzón. Buenos Aires: Sur, 1967. p.26)

ao outro, que é quem está recebendo a mensagem; se não houver entendimento, não se pode dizer que houve comunicação.¹¹⁵

O campo da pragmática linguística, como tentamos demonstrar, é o mais amplo, de maneira que abarca a semântica e a sintaxe. E é amplo dessa forma porque visa analisar o fenômeno comunicacional. Podemos até dizer que uma investigação semântica é também uma investigação pragmática, pois descobrir significado, atribuir conotações e denotações àquele signo é descobrir o seu uso linguístico; é estar inserido em um contexto. Basta pensarmos que o direito-objeto, bem como o direito-ciência, são símbolos linguísticos, e a característica do símbolo é que ele é produto de convenções. E essas convenções apenas ocorrem em um contexto comunicacional. Não vamos nos alongar neste ponto, mas essa breve inferência serve para demonstrar a importância pragmática na investigação semântica¹¹⁶ e vice-versa.

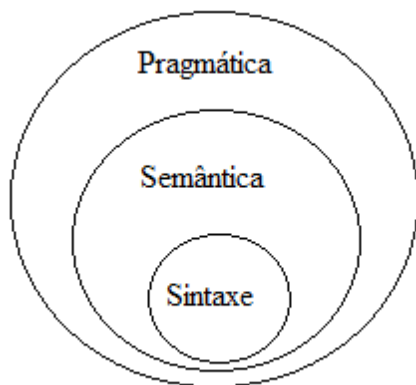
Assim, podemos concluir que as três partes da semiótica se encontram intimamente relacionadas entre si. A sintaxe é o ponto de partida para a semântica, e a semântica, por sua vez, é necessária para a pragmática, já que o uso que se faz da linguagem pressupõe o domínio dos significados atribuídos aos signos utilizados durante a comunicação.

O esquema¹¹⁷ abaixo representa os três níveis de Semiótica e a amplitude de cada nível.

¹¹⁵ Considera-se, assim, discurso ou ato de falar apenas aquele que pode ser entendido, isto é, ensinado e repetido. (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 12.)

¹¹⁶ Ciente desse aspecto da linguagem, ou seja, da intersecção entre a semântica e a pragmática, RAFAEL PANDOLFO traz lição que exemplifica o que pensamos: “A modulação [de efeitos] exige inexorável intersecção entre semântica e pragmática. Isso porque, verificada a incompatibilidade da norma com a Carta Constitucional (inconstitucionalidade), o aplicador deverá percorrer o plano das relações já juridicizadas por ela, recolhendo do campo pragmático os elementos que serão utilizados como fundamentos para a modulação de efeitos.” (PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial**. São Paulo: Noeses, 2012. p.210.)

¹¹⁷ Esquema inspirado na representação de Clarice Von Oertzen (VON OERTZEN, Clarice. **Semiótica e investigação do direito**. In _____. **Constructivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Noeses, 2014. v.1. p. 152.)



2.2 - Uma noção preliminar de sistema de direito positivo: construindo o seu conceito

O símbolo “sistema” possui as seguintes propriedades/características: ambiguidade, vaguidade, carga emotiva e porosidade. Essas são as propriedades da Linguagem. Dessa forma, em diferentes contextos, caso não haja a definição de seu conceito, com a exposição clara de seus critérios de uso, ele pode ter diferentes sentidos, o que causaria certa imprecisão no discurso científico. Como o presente trabalho segue o método do “constructivismo lógico-semântico”, o caminho percorrido, aqui, é traçado com o maior rigor linguístico, mas sem a pretensão de anular as propriedades linguísticas, já que tal tentativa estaria fadada ao fracasso.

O “sistema”, assim como o “objeto”, é uma construção gnosiológica¹¹⁸. É o sujeito cognoscente quem aglutina os elementos perante um referencial comum e os alça à forma de “sistema”. Tal ideia apenas reforça a atitude construtivista aqui adotada.

¹¹⁸ Como afirma LOURIVAL VILANOVA: “O sistema é construído gnosiologicamente”. (VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.p. 167.

Nas palavras de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR¹¹⁹: “Há no próprio termo sistema uma pluralidade de sentidos que torna a investigação equívoca, se não for esclarecida de antemão.”.

Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.¹²⁰ Definimos “sistema”, aqui, como “um conjunto de elementos (partes) que entram em relação, formando um todo unitário.”¹²¹ Esses elementos aglutinam-se em torno de um dado central; é um todo composto por vários elementos em relações de coordenação e subordinação.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. oferece um exemplo esclarecedor e que gera no imaginário do intérprete a noção elementar de “sistema”¹²²:

“Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos. Note bem a diferença: uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; todavia, esses elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; essa disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto dessas regras e das relações por elas estabelecidas é a estrutura. O conjunto dos elementos é apenas o repertório. Assim, quando dizemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos

¹¹⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 08.

¹²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 169-170.

¹²¹ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 02. No mesmo sentido (VILANOVA, Lourival **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.p 265). O conceito de “sistema”, aqui adotado não difere muito do entendimento de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., para quem o sistema é “um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema. (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed.São Paulo: Atlas, 2008. p. 132)

¹²² Cumpre chamar a atenção para a diferença inerente aos referentes semânticos do símbolo “ordenamento”, quando utilizado pelo referido autor e “ordenamento”, quando utilizado aqui no trabalho. Mais a frente, a diferença entre “sistema” e “ordenamento” será aprofundada.

(repertório), nela pensamos como um sistema. O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório.”¹²³

Sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos. As relações não são elementos do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser estrutura.¹²⁴ Dessa forma, todo o sistema terá elementos dispostos em certa estrutura e segundo um critério, o que lhes confere (aos elementos) unidade.

Dentro do conceito de “sistema” adotado no presente trabalho, pode-se perceber que é fácil preencher os critérios de uso do símbolo “sistema”; temos o sistema solar, o sistema geométrico, sistema social, sistema elétrico, sistema ecológico, dentre muitos outros.

O conceito de “sistema” pode ser utilizado para analisar os mais diversos objetos (reais, culturais, metafísicos ou ideais). Ciente da importância do conceito de “sistema” para toda e qualquer atividade que pretenda ser científica, GUIBOURG assevera:

“Em la actividad científica, la noción de sistema desempeña um papel importante. La ciencia, em general, trata de presentar su objeto de estudio em forma ordenada, coherente, mostrando las relaciones entre los datos relevantes del mundo y formando así um sistema de información que sirve como representación de la realidad; um biólogo, por ejemplo presentará su campo de estudio como um conjunto de datos acerca de los seres vivos, enforma ordenada e interrelacionada.”¹²⁵

Dessa maneira, o conceito de “sistema” funciona como um conceito metodológico auxiliando o observador a analisar o seu objeto de estudos por diversos pontos de vista. Assim, vários observadores podem recortar linguisticamente da realidade distintos elementos (ou objetos) e construir a relação entre esses elementos com outros, segundo diferentes juízos de

¹²³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

¹²⁴ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p.162

¹²⁵ GUIBOURG. Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 89.

relevância. Basta imaginarmos a atividade de um entomólogo, em que ele analisa um formigueiro. Ele prestará atenção no movimento das formigas e a relação delas com o seu ambiente. Já no caso de um zoólogo, no qual este busca analisar o comportamento do tamanduá, as formigas aparecerão como o alimento do tamanduá e já não ocuparão o foco central de pesquisas do cientista. Já para um expert em jardins formados por rosas, o formigueiro é interessante como um estorvo, cujo estudo é útil para encontrar o melhor modo de eliminá-lo.¹²⁶

Dessa forma, diferentes sistemas ou modelos são criados de acordo com o interesse do pesquisador. Um mesmo objeto pode fazer parte de diversos sistemas, algumas vezes como elemento central, outras vezes como elemento periférico.

Mais uma vez, reforça-se a premissa: a linguagem não toca a realidade. Independente da realização de cortes linguísticos, bem como construções de sistemas (que também ocorrem em plano proposicional), a realidade continua seguindo o seu fluxo contínuo, segundo as leis da causalidade natural; a causalidade normativa (imputação normativa) nada altera as leis da causalidade natural, sejam regras sociais, religiosas, morais ou de direito, elas não alteram o ser causal. Sintaticamente os funtores - alético para a causalidade natural e deôntico para a causalidade normativa – diferenciam esses dois “mundos”. Novamente reforçamos a cisão kelseniana entre *sein* e *sollen*.

Alguns sistemas são analisados de maneira estática, ao passo que outros são analisados por uma perspectiva dinâmica. Sistemas como a geometria, a matemática e a lógica são estáticos, e isso, porque a relação entre seus elementos é inferencial-dedutiva e não estão sujeitos a alterações, a não ser que sejam introduzidos novos axiomas. Já outros sistemas são do tipo dinâmico, pois a interação entre seus elementos se desenvolve no tempo e modifica constantemente o estado do sistema. São sistemas dinâmicos, por exemplo: os organismos vivos, o sistema solar, o ciclo da água na Terra¹²⁷.

¹²⁶ Esses exemplos foram retirados do livro de Ricardo Guibourg : GUIBOURG. Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 89-90.

¹²⁷ GUIBOURG. Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p.90.

O ponto acerca dos sistemas estáticos e dinâmicos será retomado mais a frente.

Dentro da conceituação de “sistema” aqui proposta, três são as características definitórias: elementos (reais ou proposicionais), relações entre os elementos e unidade. Neste ponto, os sistemas serão classificados de acordo com os seus elementos, segundo a proposta de MARCELO NEVES.¹²⁸

2.3 - Sistemas reais e proposicionais, ou só proposicionais? A “extra linguagem” como um critério fraco para distinção entre sistemas.

Neste ponto, iremos expor a classificação empreendida por MARCELO NEVES para classificar os sistemas. Após tal exposição, iremos criticá-la para ajustá-la às nossas premissas epistemológicas. Isso significa que não concordamos *in totum* com a classificação sistêmica empreendida pelo jurista pernambucano, sobretudo com a dicotomia sistemas reais/sistemas proposicionais.

Os sistemas reais, ou empíricos, são constituídos por fenômenos físicos, psíquicos ou sociais. São os objetos que aparecem à intuição sensível do sujeito cognoscente, regidos pela lei da causalidade natural. PAULO DE BARROS Carvalho, que também adota, com algumas ressalvas, a classificação de MARCELO NEVES, explica que os elementos que integram os sistemas reais “apareceriam como grupamentos de entidades que se vinculam mediante laços constantes, e tudo subordinado a um princípio comum, unificador.”¹²⁹ A unidade sistemática surge dos modos de interação causal entre os seus elementos.¹³⁰

O que importa, para a mencionada classificação, é o caráter extralinguístico dos objetos a serem classificados. Independente de ser dado ou construído,

¹²⁸ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.02 – 15.

¹²⁹CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

¹³⁰ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3.

culturalmente falando, o objeto é classificado como real, caso não seja linguístico. Se for “não-linguagem” ou “não-linguístico”, o objeto pertence ao sistema classificado como “real”¹³¹. Dessa maneira, denotam-se os critérios definitórios de “sistema real” como sistema solar, sistema sanguíneo, sistema nervoso, sistema ambiental etc. Objetos que são suscetíveis de pertencerem ao sistema real são, por exemplo, as células, os livros, os acontecimentos sociais e os costumes de certo povo. Insta frisar que mais a frente a classificação dos sistemas em “reais” e “proposicionais” será criticada.

A outra subclasse de “sistemas” são os chamados sistemas proposicionais. Esses sistemas pressupõem linguagem. Os elementos que integram os sistemas proposicionais são vertidos em linguagem. O sistema proposicional subdivide-se em sistemas proposicionais nomológicos e sistemas proposicionais nomoempíricos.

Os sistemas nomológicos, como a lógica, a matemática e a geometria, desenvolvem-se a partir de uma base axiomática e a partir de um processo inferencial-dedutivo. Esses sistemas não possuem denotação existencial, ou seja, os dados da experiência, para eles, são irrelevantes. As proposições que o integram independem de qualquer constatação fática. São compostos apenas por juízos analíticos, que são aqueles cujo predicado já está contido no sujeito, ao contrário dos juízos sintéticos, nos quais o predicado acrescenta algo ao sujeito¹³². Esses são sistemas fechados, completos e coesos, uma vez que, repita-se, seus enunciados são deduzidos de axiomas.

Assim, tais sistemas possuem um sentido primordialmente sintático, uma vez que, no que tange ao aspecto semântico, eles apresentam uma indeterminação significativa e, pela perspectiva pragmática, são neutros, no que toca ao aspecto axiológico¹³³.

Os sistemas nomoempíricos são constituídos por proposições que possuem como referencial semântico os objetos reais. Assim, esses sistemas referem-se

¹³¹ Mais a frente, algumas críticas serão tecidas ao critério mencionado.

¹³² Como exemplo, podemos citar: juízo analítico: o triângulo tem três lados; juízo sintético: a reta é a menor distância entre dois pontos.

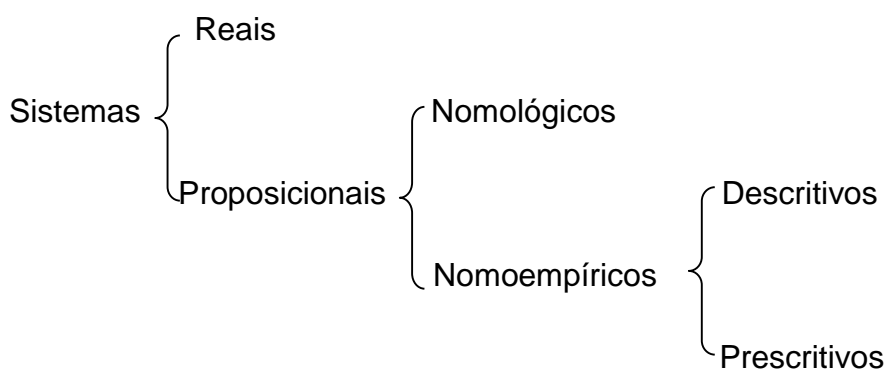
¹³³ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.p.5.

aos sistemas reais. São compostos por juízos sintéticos (predicado acrescenta algo ao sujeito). Nesses sistemas os três planos linguísticos são relevantes, pois apesar de fechados sintaticamente, são abertos semântica e pragmaticamente.

Os sistemas nomoempíricos foram classificados em sistemas nomoempíricos descritivos e sistemas nomoempíricos prescritivos. Os primeiros possuem função gnosiológica, ou seja, são compostos por proposições que visam descrever as relações causais ou normativas. Os valores atribuídos às suas proposições (elementos) são os de verdade/falsidade, onde vige a lógica alética. Como o valor de verdade/falsidade deve ser respeitado para que as proposições formem o todo unitário, não se suporta a incoerência sistêmica, internamente falando. Por exemplo, um sistema nomoempírico descritivo não suportaria duas proposições antinômicas como “é permitido roubar” e “não é permitido matar”; é logicamente impossível que as duas proposições sejam verdadeiras.

Por fim, como dito acima, há os sistemas nomoempíricos prescritivos que são compostos por proposições que visam regular a conduta humana, ou seja, possuem como referencial semântico a conduta humana. Não se destinam a descrever a conduta, mas, sim a prescrevê-la, atribuindo-lhes o predicado lícito/ilícito. Os valores atribuídos às proposições só podem ser os de válido/inválido. Apenas as proposições válidas fazem parte do sistema mencionado. Esses sistemas são sintaticamente fechados, unicamente, pois, do ponto de vista semântico e pragmático, eles são abertos e incompletos.

Graficamente, podemos reproduzir da seguinte maneira a classificação proposta por MARCELO NEVES:



O direito-objeto pertenceria à subclasse dos sistemas proposicionais nomoeempíricos prescritivos.

No próximo ponto, trataremos de adequar a classificação acima exposta ao modelo filosófico aqui adotado.

O principal critério para distinguir os sistemas em “reais” e “proposicionais” foi o critério linguístico; aqueles são compostos por elementos extralinguísticos, ao passo que estes são compostos por elementos linguísticos. Ocorre que o objeto é uma construção semiótica. Não pensamos o objeto-em-si, pois a linguagem se coloca sempre de permeio.¹³⁴ PAULO DE BARROS CARVALHO é claro ao elucidar que:

“[...] no fenômeno da tomada de consciência da reunião de elementos do mundo exterior, pelos sentidos, já se pressupõe a manipulação de um conjunto de signos linguísticos [...] À medida que pensamos um evento qualquer, empregamos automaticamente uma linguagem que o vai revestindo, de tal sorte que a situação pensada apresenta-se invariavelmente vestida num fragmento linguístico.”¹³⁵

Dentro da premissa trabalhada, os elementos que integram os “sistemas reais” não extrapolam o limite da linguagem. Quando apreendemos o objeto, necessariamente ele passa pelo “filtro” de nossa linguagem. Mais uma vez: a linguagem não toca a realidade, são esferas autônomas e não passíveis de serem interseccionadas.

Para que o sujeito cognoscente possa organizar os elementos (ou objetos) em torno de um princípio unificador, este sujeito cognoscente deve conhecer o objeto, e apenas poderá conhecê-lo se este objeto for passível de ser revestido linguisticamente. Onde há a não-linguagem não há o objeto; há o vazio epistêmico.

¹³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

¹³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

Assim, as coisas mesmas, em si, não formam um sistema, pois elas precisam ser “alçadas” ao plano linguístico para que o sujeito cognoscente possa aglutiná-las perante um dado central. O sujeito cognoscente constrói, em plano intelectual (ressalte-se), o sistema.

Dessa forma, não encontramos na natureza os sistemas prontos. O que encontramos são elementos passíveis de serem alçados ao plano linguístico para, de acordo com certos critérios (que são: manter relação entre si e perante um dado central), serem sistematizados, o que é possível tão-somente pela atividade intelectual do homem. Assim, de acordo com o método utilizado no presente trabalho, apenas é possível se falar em sistemas proposicionais, pois todos os sistemas pressupõem linguagem.

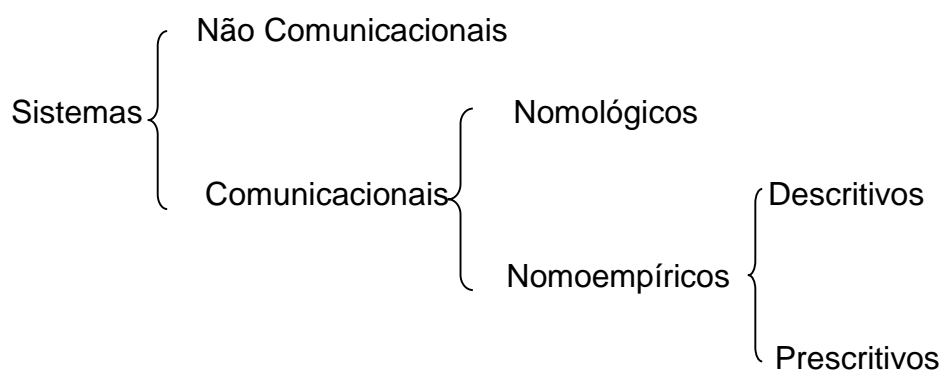
Ciente da impossibilidade de se construir um sistema, a não ser por meio da linguagem, AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, tomando por base a classificação anterior e alterando alguns pontos, propõe uma classificação diferente. A citada autora divide os sistemas em comunicacionais¹³⁶ e não-comunicacionais. Os elementos que compõem o primeiro sistema são o resultado da troca de mensagem entre duas ou mais pessoas (v.g. jurídicos, econômicos, políticos, religiosos), mas deve existir a comunicação.

Já os elementos que compõem os sistemas não-comunicacionais não resultam da troca de mensagem entre duas ou mais pessoas (v.g. elétricos, hidráulicos, ferroviários, biológicos).

¹³⁶ Ao realizar um estudo semântico do símbolo “comunicação”, PAULO DE BARROS CARVALHO conclui que “o processo comunicativo, segundo teóricos da comunicação e linguistas, consiste na transmissão, de uma pessoa para outra, de informação codificada. O esquema da comunicação supõe, portanto, a transmissão de uma mensagem, por meio de um canal, entre o emissor e o receptor, que possuem em comum, ao menos parcialmente, o repertório necessário para a decodificação da mensagem. Eis o conteúdo semântico cientificamente atribuído ao vocábulo ‘comunicação’.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses. 2011. p. 167). Assim, o direito-objeto e direito-ciência enquadrar-se-ão na classificação de sistemas comunicacionais. Neste sentido, cumpre chamar a atenção para o estudo onde se analisa o direito pela perspectiva pragmática, onde o direito é analisado como um sistema que se comunica por meio de normas jurídicas; onde é analisada a relação entre a linguagem e seu utente. No Brasil podemos fazer referência às obras de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., tais como FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed.São Paulo: Atlas, 2008.; FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Uma objeção que poderia ser levantada à classificação acima exposta é que onde houver linguagem haverá comunicação, logo seria ilógica a divisão em sistemas comunicacionais e não-comunicacionais, já que se todo sistema é proposicional, não haveria sistema que não comunicasse algo. Ocorre que os elementos que compõem os sistemas não comunicacionais são suscetíveis de serem revestidos linguisticamente pelo sujeito cognoscente, ao passo que os elementos que integram o sistema comunicacional já estão vertidos em linguagem. À medida que pensamos um evento, já estamos revestindo-o linguisticamente, de maneira que qualquer pensamento é linguagem.

Desta feita, adequando aos lindes de nosso trabalho, a classificação dos sistemas aqui utilizada é a seguinte:



AURORA TOMAZINI DE CARVALHO ainda realiza uma série de classificações dentro do esquema originariamente aqui proposto. Ocorre que o fim do presente tópico é realizar a separação (metodológica) entre o sistema de direito positivo e os demais sistemas, por isso não adentraremos em minúcias.

2.4 - O sistema e a teoria das classes.

O conjunto ou classe é, segundo LANGER (apud MOUSSALLEM, 2011, p.133), “coleção de todos aqueles e somente aqueles termos aos quais um

certo conceito seja aplicável”¹³⁷. Por outro giro: classe é o campo de aplicabilidade (fiel of applicability), é a extensão de determinado conceito¹³⁸.

Assim, a classe é uma construção linguística, ela não se encontra na natureza. A classe é criada linguisticamente, produto de um ato intelectual do cientista. A classe contém o conjunto de todas as características que devem ser preenchidas para que se fale em denotação. Delinear as classes é atividade linguística denominada “classificação”.

A classe e os seus elementos que a integram são inconfundíveis. De acordo com ALBERT MENNE¹³⁹(apud MOUSSALLEM, 2011, p.133), elementos de classe “são os indivíduos que caem sob o predicado correspondente à classe”. Dessa maneira, a classe possui um critério de pertinência delimitado pela conotação, que aponta para elementos que a compõem, ou seja, que a denotam. Denotação não é a classe, mas, sim, os elementos que a compõem, reforce-se.

Desse raciocínio cria-se a fórmula da teoria das classes “ $x \in K$ ” (lê-se: “x” pertence à classe “K”), em que todo elemento “x” que obedecer aos critérios de uso ou características definitórias da classe “K”, integra essa classe.

Ao aplicar a mencionada fórmula ao direito positivo, tem-se a seguinte interpretação: norma jurídica pertence ao sistema de direito positivo. Para uma norma pertencer ao sistema, ela deve obedecer aos critérios conotativos estabelecidos pelo próprio sistema, eis o critério de pertinência, no qual “x” é a denotação e “K” é a conotação. Como conotação, “K” estabelece os critérios que devem ser preenchidos para que “x” pertença a este conjunto.

Uma das peculiaridades do sistema de direito positivo é que ele mesmo possui as regras que determinam a sua própria alteração. Regras para criação de regras sempre estarão previstas no interior do sistema de direito positivo.

¹³⁷ LANGER, Suzanne K. **An introduction to symbolic logic**. 3.ed. New York: Dover, 1967. p. 116. In MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p.133.

¹³⁸ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 133.

¹³⁹ MENNE, Albert. **Introducción a la lógica**. 3.ed. Trad. Leopoldo Eulogio Palácios. Madrid: Gredos, 1979. P. 142. In MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 133.

A eficácia funciona como um pressuposto ontológico do sistema como um todo. Pensamos que a inserção da “eficácia” como condição do ser do sistema se deva à tentativa kelseniana de construir uma teoria que abarcasse os modelos “Civil Law” e “Common Law”. Inclusive, a respeito da inserção da condição “eficácia” como sendo necessária à validade do sistema de direito-positivo, assevera Miguel Reale em longo, mas esclarecedor parágrafo:

“Kelsen tinha inicialmente uma posição radicalmente normativa, sustentando que o elemento essencial do Direito é a validade formal. Escreveu ele as suas primeiras obras sob a influência do meio austríaco, onde o primado da lei escrita é tradicional. Para subtrair-se à perseguição racial do nazismo, mudou-se para os Estados Unidos e lá entrou em contato com um tipo de Direito que, antes de ser escrito, é de base costumeira e jurisprudencial, vendo-se, assim, obrigado a reconhecer que o Direito, tomado na sua acepção ampla, pressupõe um mínimo de eficácia.”¹⁴⁰

Mas a nossa análise é do sistema de direito positivo como um todo, apenas o seu interior, por isso não ingressaremos nos problemas que a relação eficácia/validade apresenta.

Dessa forma, os critérios que devem ser obedecidos para que “x” pertença a “K” estão previstos no interior do próprio sistema de direito positivo. Basicamente, a norma deve respeitar o procedimento, a competência e o conteúdo. Mas apenas depois de posta é que se torna possível a sua análise, através do veículo introdutor e da norma introduzida. A respeito desse tema, trataremos adiante. Por hora, basta a afirmação de que os critérios para que a norma possa integrar o sistema de direito positivo estão contidos no interior desse sistema.

¹⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27.ed.São Paulo: Saraiva, 2012. p.114 – 115.

2.5 - A grande dicotomia kelseniana: sistemas estáticos e sistemas dinâmicos. O direito como um sistema dinâmico.

A famosa classificação de Kelsen dos sistemas normativos em estáticos e dinâmicos será abordada aqui para logo depois superarmos a ambiguidade que permeia os símbolos “sistema de direito positivo” e “ordenamento jurídico”. Kelsen criou dois modelos para a análise dos sistemas normativos. Acentue-se aqui o caráter normativo, logo, estamos falando de sistemas morais, religiosos, de direito, sociais, por exemplo. Dessa maneira, a classificação kelseniana engloba os sistemas normativos, dos quais o direito positivo faz parte.

O critério para distingui-los é a natureza da norma fundamental, ou a natureza do fundamento de validade. O modelo estático e o modelo dinâmico. No primeiro modelo, a norma fundamental possui certo conteúdo além do fato instituidor de norma. Já no tipo dinâmico, a norma fundamental possui apenas como conteúdo o fato instituidor de normas.

Nos sistemas estáticos, a norma fundamental fornece não só o fundamento de validade, mas também o conteúdo de validade das normas que são dela deduzíveis. Nas palavras de Kelsen:

“Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático¹⁴¹.

Nesse sistema é essencial que as normas sejam deduzíveis da norma fundamental, bem como o particular é deduzível do geral. Os sistemas morais e religiosos (que também são sistemas normativos) expressam bem esse caráter estático. Aqui, o essencial é que as normas sejam construídas a partir da norma fundamental. Exemplifiquemos: normas como “não deves mentir”, “não deves enganar”, “deve ser fiel à sua promessa” são deduzíveis de uma norma

¹⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 218.

geral que prescreve o dever de honestidade¹⁴². Da norma “devemos amar o nosso próximo”, deduzimos as seguintes normas: “não devemos fazer mal ao nosso próximo”, “não podemos causar-lhes mal físico ou moral”, “devemos ajudá-lo quando ele precisar” ¹⁴³. Ainda a título de exemplo, as normas “não devemos mentir”, “não devemos fraudar”, “devemos respeitar os compromissos tomados”, “não devemos prestar falsos testemunhos” podem ser deduzidas de uma norma que prescreve o dever de veracidade.¹⁴⁴

Como podemos ver, o traço comum nos exemplos acima é que há uma norma maior da qual as outras podem ser deduzidas, e essa norma mais alta possui um conteúdo certo, determinado. Nesses sistemas - os estáticos – é operável a inferência dedutiva para que possam ser construídas as normas “inferiores”. Se a norma fundamental possuísse apenas como conteúdo o fato instituidor de normas, não haveria como operar a inferência dedutiva neste sistema para sacarmos as normas inferiores¹⁴⁵.

Dessa maneira, o sistema estático se apresenta “parado” para o intérprete, pois é possível realizar a inferência dedutiva sem maiores problemas. A lição de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR esclarece a nossa frase anterior e fecha nossa ideia de “sistema estático”:

“O caráter estático do sistema significa que se prescinde do processo contínuo de formação, atuação e desaparecimento das normas, o qual caracteriza uma dinâmica. O sistema estático concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente. Não se indaga, por isso, da emissão de normas, sua revogação e da emissão de novas normas: o quadro é estático.”¹⁴⁶

¹⁴² Exemplos retirados de “KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 164.”

¹⁴³ Exemplos retirados de “KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 218.”

¹⁴⁴ Exemplos retirados de “KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 217- 218.

¹⁴⁵ Aproveitamos a oportunidade para reforçar, mais uma vez, que o direito positivo não é um sistema dedutivo, logo, não é estático. Mas nada impede que se ele seja analisado estaticamente, como se as normas fossem fotografadas.

¹⁴⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6.ed.São Paulo: Atlas, 2008. p. 105.

Assim, essas são as linhas gerais e condutoras para se conceber um sistema como estático. Mas, relembremos: o que determina essa divisão é a natureza da norma fundamental, como o disse Kelsen.

Os sistemas dinâmicos integram “o outro lado” dessa grande dicotomia. Começaremos a explicação com uma citação de seu idealizador e que o define:

“O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.”¹⁴⁷

O clássico exemplo¹⁴⁸ kelseniano para explicar o fundamento de um sistema de caráter dinâmico é a situação em que um pai emite uma norma ao filho e o filho vai questionando o porquê do dever de obediência à norma, em outras palavras, o filho quer saber o fundamento daquela norma, logo, se ela é válida. Um dos exemplos é o seguinte:

“Uma criança, ao perguntar por que não deve mentir, poderia receber a resposta de que seu pai a proibiu de mentir. Se a criança perguntasse ainda por que tem de obedecer ao pai, a resposta poderia ser, talvez, a de que Deus ordenou que se obedecesse aos pais. Caso a criança ainda perguntasse por que é que se tem de obedecer aos mandamentos de Deus, a única resposta seria a de que essa é uma norma além da qual não se pode procurar por uma norma mais definitiva.”¹⁴⁹

Essa é a norma fundamental que provê o fundamento para um sistema de caráter dinâmico. Mas, como dito, ela institui certa autoridade, como no caso acima seria: “deve ser a obediência aos mandamentos divinos”. Assim, o único conteúdo da norma fundamental que institui um sistema dinâmico é o “fato

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.21.

¹⁴⁸ Exemplo presente em: “KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.219” e “KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 165.”

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed.São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 165.

produtor de normas”. A norma fundamental, neste caso, não fornece o conteúdo das normas que formam este sistema.

O sistema dinâmico aparece em oposição ao estático, pois “capta as normas dentro de um processo de contínua transformação.”¹⁵⁰ Por isso é inconcebível a ideia de conteúdo a não ser o “fato instituidor de normas”. E dessa norma nenhum conteúdo normativo se deduz.

Como dito, a Constituição-positiva busca seu fundamento de validade na norma fundamental. O olhar que permite analisar a Constituição-positiva e suas transformações é o olhar dinâmico.

Eis a dualidade estática/dinâmica. Os temas abordados pela estática são, por exemplo: a sanção, o ato ilícito, o dever, a responsabilidade, direitos subjetivos, capacidade, norma jurídica. Já a dinâmica permite o estudo da validade, do fundamento de validade, da unidade do sistema de direito positivo, das fontes do direito, por exemplo.

Assim, seja pelo prisma estático, seja pelo prisma dinâmico, o traço comum entre ambos é a norma fundamental instituindo o “fato produtor de normas”, tão-só.

O direito-positivo é um sistema dinâmico de normas, pois está em constante mutação. A mutação do sistema de direito-positivo é sempre a inserção e retirada de enunciados prescritivos. Para que um enunciado prescritivo seja retirado do sistema de direito positivo, um enunciado supressor deve ingressar no sistema de direito positivo. Enunciado prescritivo retira enunciado prescritivo. Assim, o sistema de direito positivo está sujeito a alterações no tempo, o que o torna um sistema dinâmico. A respeito dessa mutação do sistema de direito positivo, o que o torna dinâmico, ALCHOURRÓN E BULYGIN asseveram:

“Os sistemas normativos e, em particular, os sistemas jurídicos geralmente são dinâmicos precisamente neste sentido [no sentido de ser mutável no tempo]. Isso significa que um sistema jurídico não tem um conteúdo fixo, como ocorre com os sistemas estáticos (por

¹⁵⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6.ed.São Paulo: Atlas, 2008. p.147.

exemplo, um sistema de geometria: seu conteúdo é fixado uma vez que se fixem seus axiomas e as regras de inferência e não está sujeito a mudanças posteriores). No entanto, nos sistemas dinâmicos podem se introduzir novas normas ao sistema e podem eliminar-se normas que pertenciam ao sistema: seu conteúdo é distinto em cada momento temporal.”¹⁵¹(tradução nossa)

Apesar de ser possível surpreender as normas de maneira estática, como dizemos, o critério dedutivo não é um critério seguro para se aplicar ao sistema de direito positivo, pois sempre que descemos mais na “pirâmide”, novos conteúdos são inseridos, novas classes são criadas. Analisar o sistema dinamicamente é atitude que esvazia a norma fundamental de qualquer conteúdo pétreo, a não ser o fato instituidor de normas.

2.6 - “Ordenamento jurídico” e “sistema de direito positivo”: a definição de seus conceitos e tentativa de reduzir as ambiguidades que permeiam esses símbolos.

Dentro da premissa epistemológica aqui traçada, a linguagem não toca a realidade¹⁵². Jamais a tocará. Caso houvesse esse contato, repetimos a ideia, cada objeto do mundo físico teria um nome diferente, dado que cada ente do mundo é único e irrepetível¹⁵³. Esse problema tardiamente demorou a ser

¹⁵¹ No original: “Los sistemas normativos y, em particular, los sistemas jurídicos suelen ser dinámicos precisamente en este sentido. Esto significa que un sistema jurídico no tiene un contenido fijo, como ocurre con los sistemas estáticos (por ejemplo, um sistema de geometria: su contenido queda fijado una vez que se fijan sus axiomas y las reglas de inferência y no está sujeto a cambios ulteriores). En cambio, en los sistemas dinámicos pueden introducirse nuevas normas al sistema y pueden eliminarse normas que pertenían al sistema: su contenido es distinto em cada momento temporal.”(ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Sobre la existencia de las Normas Jurídicas**. México: Fontamara, 2002. p. 57 – 58.)

¹⁵² Conforme assevera TÁREK MOUSSALLEM: “A ambiguidade e a vaguidade das palavras são constantes na interação verbal e demonstram cabalmente a diferença entre linguagem e realidade. Aliás, se houvesse ponto de toque entre linguagem e realidade, não haveria de existir palavras homônimas e vagas, uma vez que, para cada objeto, ter-se-ia uma, e somente uma, palavra. (MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 178)

¹⁵³ Em linhas brevíssimas, a teoria do conhecimento em JOÃO MAURÍCIO ADEODATO sempre trabalhará com três elementos: o evento real, a ideia e a expressão linguística. Para o filósofo pernambucano esses três elementos nunca se reduzem um ao outro, o que impede a possibilidade de se conhecer a coisa em si. Para ADEODATO o mundo é uma construção linguística de relatos, alguns vencedores e outros que não logram total aceitação. Dado caráter

descoberto e as consequências desse descobrimento tardio se irradiam pelas Ciências. No caso do direito-objeto e direito-ciência o problema é acentuado, pois o objeto de estudos é constituído por linguagem. Basta uma rápida análise, superficial mesmo, para vermos a quantidade de significados que a Ciência do Direito atribui a símbolos como, por exemplo, “tributo”, “ação”, “processo” “fontes do direito”, “relação jurídica”, “norma jurídica”. Sabendo desse problema e devidamente “vacinados”, mas jamais imunes totalmente contra as armadilhas linguísticas, tentamos, ao máximo, conferir precisão ao discurso. Para isso, a partir de agora iremos diferenciar – o que não havíamos feito antes – os símbolos “sistema de direito positivo” e “ordenamento jurídico”.

Não são poucos os autores que utilizam os símbolos mencionados neste tópico como sinônimos. Seguiremos, aqui, as lições de ALCHOURRÓN e BULYGIN¹⁵⁴, que diferenciaram os conceitos de “sistema de direito positivo” (SDP) e “ordenamento jurídico” (OJ).

O símbolo “sistema de direito positivo” no trabalho equivale ao conjunto de normas estaticamente consideradas. Já o símbolo “ordenamento jurídico” equivale à sequência temporal de conjunto de normas, logo, dinamicamente consideradas.

Dessa maneira, “ordenamento jurídico” significa um conjunto de “sistemas de direito positivo” que se sucedem temporalmente.

O fator predominante para a criação de um sistema de direito positivo é a incorporação de uma norma. Uma norma incorporada inaugura um novo sistema de direito positivo. A cada incorporação de um elemento, tem-se um

único e irrepetível de cada ente do mundo, o autor explicita: “Todo o individual é, em certo sentido, irracional para o ser humano, pois a individualidade, que é uma das características indelévels do mundo real, não se adapta ao aparato cognoscitivo do ser humano, que não consegue proceder sem generalizações. O individual é irracional por ser irredutivelmente contingente. Há uma novidade radical em tudo o que é real e, por isso, qualquer regra geral estabelecida pela razão seleciona alguns aspectos em detrimento de outros. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 184 – 185) Queremos, com essa citação, demonstrar o caráter individual de cada ente do mundo. O que reforça a cisão entre linguagem e realidade.

¹⁵⁴ “Para evitar la ambigüedad de ‘orden jurídico’ señalada más arriba, utilizaremos el término ‘sistema’ para referirnos a conjuntos de normas y ‘orden’ em el sentido de secuencia de conjuntos de normas. Um orden jurídico es, de acuerdo a esta convención, una secuencia de sistemas normativos.”(ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Sobre el concepto de orden jurídico. In:_____. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 397.)

novo conjunto. DANIEL MENDONCA¹⁵⁵ se valendo dos conceitos de contração, expansão e revisão dos sistemas nos ensina:

“Existe expansão de um conjunto de normas quando se agrega (pelo menos) uma norma a esse conjunto; existe contração de um conjunto de normas quando se elimina (pelo menos) uma norma desse conjunto; existe revisão de um conjunto de normas quando se expande uma contração, é dizer, quando se elimina (pelo menos) uma norma desse conjunto e se agrega a ele outra norma, incompatível com a eliminada. Claro está que se um sistema normativo é definido como um conjunto de normas, qualquer mudança nesse conjunto nos leva a outro sistema, distinto do anterior.”

Dessa forma, o “ordenamento jurídico” é composto por uma série de subconjuntos denominados SDP₁, SDP₂, SDP₃, SDP_n, que são sucessivos nos tempos t₁, t₂, t₃, t_n, que são modificados pelos movimentos de expansão, contração ou revisão. O ordenamento jurídico, na acepção aqui utilizada, é, então, uma sequência temporal de conjunto de normas. TÁREK MOUSSALLEM se valeu da linguagem simbólica da teoria das classes para expor a diferença entre “sistema de direito positivo” e “ordenamento jurídico:

“Fórmula (a): $(SDP_1 \cup SDP_2 \cup SDP_3 \cup SDP_n) \equiv OJ$

Fórmula (b): $(SDP_1 \subseteq OJ); (SDP_2 \subset OJ); (SDP_3 \subset OJ); (SDP_n \subset OJ)$, em que cada SDP é sucessivo nos tempos t₁, t₂, t₃, t_n.”¹⁵⁶

Na fórmula (a), SDP₁, SDP₂, SDP₃, SDP_n, figuram como classes que se interseccionam, pois devem possuir ao menos um elemento em comum (in casu, as regras constitutivas constitucionais).¹⁵⁷

¹⁵⁵ MENDONCA, Daniel. **Las claves del derecho**. Barcelona: Gedisa. 2000. p. 140. No idioma original: “Existe expansión de um conjunto de normas cuando se agrega (por lo menos) una norma a ese conjunto; existe contracción de um conjunto de normas cuando se elimina (por lo menos) una norma de esse conjunto; existe revisión de um conjunto de normas cuando se expande una contracción, es decir, cuando se elimina (por lo menos) una norma de esse conjunto y se agrega a é outra norma, incompatible com la eliminada. Claro está que si um sistema normativo es definido como um conjunto de normas, cualquier cambio em esse conjunto nos lleva a otro sistema, distinto del anterior.”

¹⁵⁶ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p.139

¹⁵⁷ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p.137

Caso SDP_1 , SDP_2 , SDP_3 , SDP_n figurem como classes mutuamente excludentes, ou seja, sem elementos em comum, estar-se-ia ante o fenômeno de alteração do ordenamento jurídico e não mais de sistema normativo. Nas palavras dos professores argentinos ALCHOURRÓN e BULYGIN:

“É importante ter presente que um sistema dinâmico de normas não é um conjunto de normas, mas uma sequencia de conjuntos: em cada momento temporal o conjunto das normas que pertencem ao sistema é distinto (onde por ‘momento temporal’ entendemos o momento em que se produz algum ato que incorpora uma norma ao sistema ou elimina uma norma do sistema, ou ambas as coisas de vez)”
(tradução nossa)¹⁵⁸

Assim, na linha dos filósofos argentinos CARLOS ALCHOURRÓN e EUGENIO BULYGIN e do professor capixaba orientador deste estudo, TÁREK MOUSSALLEM¹⁵⁹, podemos sacar as seguintes conclusões no que diz respeito ao sistema de direito positivo e ordenamento jurídico:

(i) Uma norma jurídica N_1 pode pertencer ao SDP_1 ($N_1 \in SDP_1$), mas pode não pertencer ao SDP_2 ($N_1 \notin SDP_2$), como pode pertencer a ambos os sistemas, SDP_1 e SDP_2 . No entanto, tanto no momento t_1 de SDP_1 como no momento t_2 de SDP_2 , a N_1 sempre pertencerá ao OJ, uma vez que SDP_1 é subclasse de OJ.

(ii) Os enunciados prescritivos somente são predicáveis com os valores “verdade” ou “falsidade” quando fizerem referência a algum SDP. Carecem de sentido as expressões “a ação p está permitida”, ou “ N_1 é válida” se não estiverem relacionadas a algum SDP específico. Com sentido são as expressões “a ação p está permitida em SDP_1 ” ou “ N_1 é válida em SDP_2 ”.

¹⁵⁸ No original: “Es importante tener presente que un sistema dinámico de normas no es un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos: en cada momento temporal el conjunto de las normas que pertenecen al sistema es distinto (donde por ‘momento temporal’ entendemos el momento en que se produce algún acto que incorpora una norma al sistema o elimina una norma del sistema, o ambas cosas a la vez). ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Sobre la existencia de las Normas Jurídicas**. México: Fontamara, 2002.p. 59.

¹⁵⁹ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 141.

(iii) Toda norma jurídica (sentido amplo) que pertencer ao SDP, seja SDP_1 , SDP_2 ou SDP_n , pertencerá também ao Ordenamento Jurídico, em virtude da lei da transitividade: $[(N_1 \in SDP_1) \cdot (SDP_1 \subseteq OJ)] \supset (N_1 \in OJ)$.

Dessa forma, toda teoria do sistema de direito positivo e ordenamento jurídico repousa sobre o critério de pertinência, que estabelece o liame entre a norma (elemento) e o sistema (classe). Questionar o problema de pertinência da norma ao sistema é trazer à tona o problema da validade, uma vez que, de acordo com as premissas traçadas, a norma só pertence ao sistema se for válida. Neste ponto, cumpre indagar: que é validade?

2.7 - A unidade do sistema de direito positivo e a cadeia de validade: os dois critérios kelsenianos de identificação (ou individualização).

Neste tópico abordaremos a problemática da unidade do sistema de direito positivo ou, dito de outra forma: qual é o critério que fornece unidade ao conjunto de enunciados prescritivos? No que consiste essa unidade?

Antes de tudo, uma breve explicação a respeito do título deste tópico se faz necessária. O termo “pirâmide”, utilizado de maneira metafórica para designar a estrutura do sistema de direito positivo, seria criação de Kelsen. Ocorre que já se tornou um ponto comum dizer que o termo pirâmide foi uma criação dos intérpretes de Kelsen. Neste trabalho preferimos não nos posicionar a respeito, por isso, “pirâmide” aparece entre parênteses. A título de exemplo (o que reforça a nossa dúvida a respeito do tema) Ricardo Guibourg¹⁶⁰, citando diretamente uma edição francesa da Teoria Pura do Direito, utiliza o termo “pirâmide”. No livro de Hans Kelsen, Teoria General del Estado¹⁶¹, na tradução também há o termo “pirâmide”. Dessa maneira, feitas essas ressalvas iniciais, utilizaremos o termo “pirâmide”, mas cientes desses problemas.

¹⁶⁰ Guibourg faz uma citação direta de Kelsen: “En el vértice de la pirâmide se encuentra la norma fundamental[...]”(GUIBOURG, Ricardo. Derecho, sistema y realidad. Buenos Aires: Astrea, 1986. p.17.) O jurista argentino cita a seguinte edição de Teoria Pura: KELSEN, Hans. **Théorie puré du droit**, tr. de la 2ª ed. Alemana, Ch. Eisenmann, Paris, Dallos, 1962.p.257.

¹⁶¹ KELSEN, Hans. **Compendio de teoria general del estado**. Trad. Luis Recaséns Siches. México: Colofón, 2007.

Kelsen explicita que a ordem jurídica (ou sistema de direito positivo, na terminologia adotada no trabalho) possui uma estrutura escalonada. Isso quer dizer que uma norma sempre irá buscar o seu fundamento de validade em outra norma, não em um fato ou, invariavelmente, em um valor, mas, sim, em uma norma. Utilizando a metáfora da “pirâmide”, a Constituição estaria no ápice da “pirâmide” e as normas de maior concretude (individuais) estariam na base desta. Segundo o referido autor:

“A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas ao mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.”¹⁶²

O que confere unidade à gama de enunciados prescritivos criados por autoridades competentes é o fundamento de validade que esses enunciados prescritivos possuem no todo¹⁶³. Em outras palavras: é possível identificar um sistema normativo quando todas as normas dependem do mesmo fundamento de validade.

Explicaremos melhor o significado do parágrafo acima. Uma norma sempre é criada por outra norma e, entre essas normas, intercala-se um ato de vontade¹⁶⁴, que aqui chamamos de ato de enunciação, a fonte do direito. Uma norma jurídica busca o seu fundamento de validade na norma jurídica que a criou; a norma criadora, por sua vez, busca fundamento de validade na norma que a criou e assim por diante, num processo finito que alcança a Constituição. Lourival Vilanova, neste sentido, explicita:

“O sistema consta de proposições [ou enunciados, no sentido utilizado no trabalho] normativas; uma proposição normativa tem sua origem (reason of validity) em outra proposição normativa; uma proposição normativa só pertence ao sistema se podemos reconduzi-la à proposição fundamental do sistema. Cada norma provém de

¹⁶² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 247.

¹⁶³ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.p.156

¹⁶⁴ VILANOVA, Lourival. Teoria da Norma Fundamental. In. _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1., p.323.

outra norma e cada norma dá lugar, ao se aplicar à realidade, a outra norma. O método de construção de proposições normativas está estipulado por outras normas.”¹⁶⁵

Neste ponto cumpre sanar uma possível ambiguidade que pode surgir da análise do símbolo “fundamento de validade”. Justifica-se a necessidade de sanar tal ambiguidade: “fundamento de validade” é usado para designar a relação que uma norma inferior possui com a norma superior; ocorre que se usa o mencionado símbolo para designar a relação com as normas superiores de maneira imediata quanto mediata. Por exemplo: um contrato (norma individual e concreta) busca seu fundamento de validade no Código Civil, ao passo que o Código Civil busca seu fundamento de validade na Constituição Federal. Ainda dentro do exemplo construído, tanto o contrato como o Código Civil buscam seu fundamento de validade na Constituição Federal; ocorre que o contrato busca seu fundamento de validade na Constituição de maneira mediata, ao passo que o Código Civil o busca de maneira imediata. Desta maneira, para fins de pacto semântico, a norma busca seu fundamento de validade imediato na norma que a criou, ao passo que busca seu fundamento de validade mediato na norma que lhe for superior hierarquicamente, mas que não a criou.

Assim, o sistema de direito positivo se apresenta como um sistema escalonado de normas jurídicas, com uma norma sempre buscando o seu fundamento de validade em outras normas jurídicas; a norma criada busca o seu fundamento de validade na norma criadora¹⁶⁶. Esse processo culmina na norma fundamental. Se a norma pertence ao sistema de direito positivo, ela deve poder ser reconduzida à proposição fundamental do sistema. Ou seja, todas as normas que integram o sistema de direito positivo possuem um fundamento de validade comum: a norma fundamental. Eis o critério kelseniano para conferir unidade à gama de enunciados prescritivos criados por autoridades competentes. Nas palavras de Kelsen:

¹⁶⁵ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.p.154.

¹⁶⁶ Sempre a norma criadora será superior hierarquicamente à norma criada. Acerca deste tema nos debruçaremos mais a frente.

“Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”¹⁶⁷

O caminho percorrido para se chegar à norma mais individual e concreta (ou seja, o caminho traçado para saber se aquela norma pertence ou não ao sistema de direito positivo) é chamado de “cadeia de validade” por JOSEPH RAZ. Tal procedimento Von Wright nomeou por “cadeia de subordinação”. RAZ toma um exemplo kelseniano para explicar o que é uma cadeia de validade:

“A resposta à questão do porquê de esta norma individual ser válida como parte de um ordenamento jurídico definido é: porque ela foi criada em conformidade com uma lei penal. Esta lei, em última análise, recebe sua validade da Constituição, desde que tenha sido estabelecida pelo órgão competente e do modo que a Constituição prescreve. Se perguntarmos por que a Constituição é válida, talvez encontremos uma Constituição mais antiga. Finalmente encontraremos uma Constituição que é a primeira da história e foi instituída por um usurpador ou por algum tipo de assembleia [...]. Postula-se que a conduta seja tal como prescreveu o indivíduo ou os indivíduos que instituíram a primeira Constituição. Esta é a norma fundamental do ordenamento jurídico sob consideração.”¹⁶⁸

Uma cadeia de validade, segundo JOSEPH RAZ,¹⁶⁹ é o conjunto de todas aquelas normas tais que cada uma delas autoriza a criação de apenas uma das outras normas do conjunto, com a exceção máxima de uma norma que não autoriza a criação de nenhuma norma; e a criação de cada uma delas é

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.217.

¹⁶⁸ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 129 – 130.

¹⁶⁹ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 130.

autorizada por apenas uma norma do conjunto, com a exceção de uma norma, cuja criação não é autorizada por nenhuma norma da cadeia.

Valendo-se da metáfora da “pirâmide”, GUIBOURG expressa a sua ideia de “cadeia de validade”, a qual não difere daquela aqui exposta:

“As normas inferiores derivam sua validade das normas superiores, que são as que estabelecem a autoridade que as facultou a ditar o procedimento e o conteúdo (com diversos graus de especificação). Dessa forma de estrutura, por meio de uma cadeia de validade, a chamada pirâmide jurídica. Uma norma inferior (por exemplo, uma sentença judicial, um decreto do poder executivo, um regimento interno de um órgão administrativo), deriva a sua validade de uma ou várias normas legais, e de ter sido ditada pelo órgão competente e pelo procedimento fixado por ele.”¹⁷⁰ (tradução nossa)

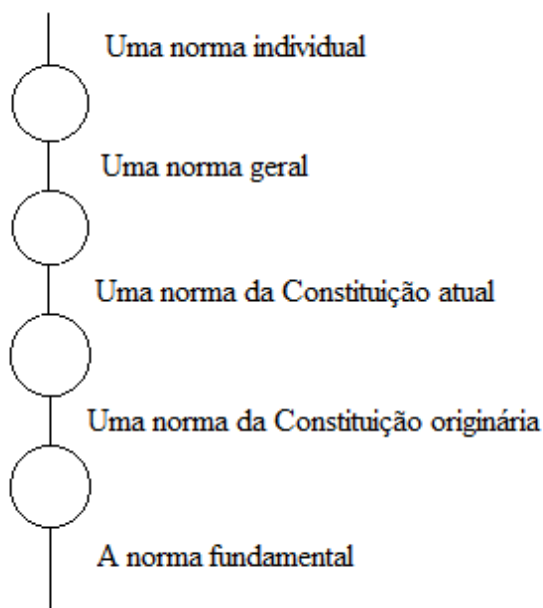
A cadeia de validade é construída a partir da norma fundamental (de cima para baixo) A mencionada operação consiste no “regresso da norma mais concreta e individual para a última norma, a mais geral e abstrata, é um movimento que se exerce no recinto do sistema positivo.”¹⁷¹ O limite da cadeia de validade são as normas mais individuais e concretas e mais gerais e abstratas, pois nesta não se tem mais para onde subir, e naquela não se tem mais para onde descer. Só há que se falar nesse limite no interior do sistema de direito positivo.

Desta maneira, o intérprete pode construir diversas cadeias de validade. Os esquemas a seguir, retirados da obra de JOSEPH RAZ¹⁷², representam bem o que queremos dizer:

¹⁷⁰ No original: “Las normas inferiores derivan su validez de las normas superiores, que son las que establecen la autoridad que se halla facultada para dictarlas, el procedimiento y el contenido (con diversos grados de especificación). De esta forma se estructura, por medio de una cadena de validez, la llamada pirámide jurídica. Una norma inferior (p. ej. una sentencia judicial, un decreto del poder ejecutivo, un reglamento interno de un organismo administrativo), deriva su validez de una o varias normas legales, y de haber sido dictada por el órgano competente y por el procedimiento fijado para ello.” (GUIBOURG. Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p.107.)

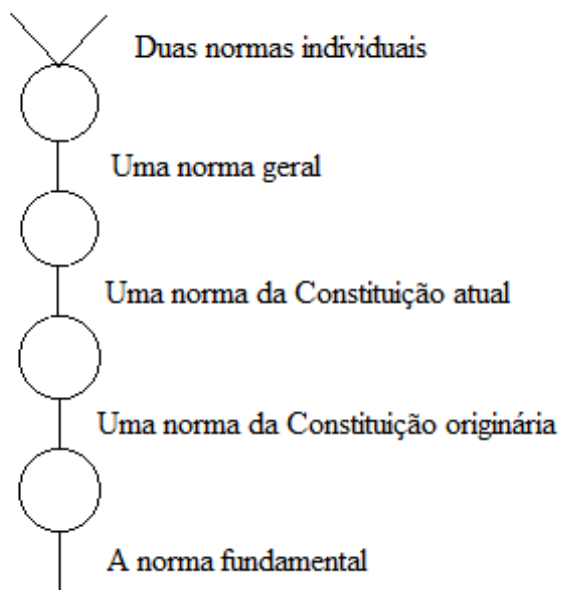
¹⁷¹ VILANOVA, Lourival. Teoria da Norma Fundamental. In. _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1. p 304

¹⁷² RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 129 – 131.



Nesse primeiro esquema, temos uma cadeia de validade simples, onde os círculos representam os órgãos credenciados pelo sistema a emitirem enunciados prescritivos, ao passo que as linhas simples, ou retas, representam esses enunciados mesmos.

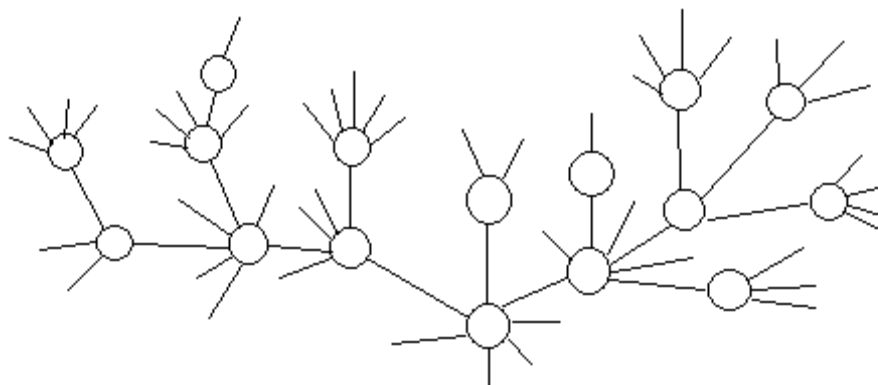
Duas cadeias de validade podem ter todas as suas normas em comum, com a exceção de uma, como na cadeia representada abaixo:



Algumas peculiaridades merecem ser ressaltadas: há, no mínimo, uma norma comum entre quaisquer duas cadeias de validade que pertencem a um mesmo

sistema jurídico; há uma norma que faz parte de todas as cadeias de validade; em todo o sistema jurídico, a norma que pertence a todas as cadeias de validade é a norma fundamental, que é a última norma, a que fundamenta a validade das demais¹⁷³.

Dentro do esquema gráfico proposto, JOSEPH RAZ esquematiza como seria o sistema de direito positivo, ou seja, como seria, graficamente, se fossem juntadas todas as cadeias de validade. Por óbvio, é impossível representarmos todas as cadeias de validade aqui, mas como estamos tratando de uma metáfora, o esquema é suficiente:



RAZ chama o diagrama acima de “diagrama em árvore”¹⁷⁴ e, como afirmamos acima, o diagrama é muito simplificado, pois o sistema de direito positivo contém uma quantidade muito maior de autoridades normativas, bem como uma quantidade muito maior de normas jurídicas. Normalmente, como dito acima, os autores utilizam o modelo piramidal, mas representamos, pelo menos nesta parte do trabalho, o sistema de direito positivo com o diagrama em árvore por se aproximar mais da complexidade estrutural do mencionado sistema.

Assim, já em sede de conclusão deste tópico, temos que a cadeia de validade é um procedimento realizado para saber se aquela norma que pertence à base da cadeia pertence ao sistema de direito positivo.

¹⁷³ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 131. No mesmo sentido assevera GUIBOURG: “[...] la cadena de validez que construimos para descubrir si una norma inferior es válida se remonta hasta la constitución.” GUIBOURG. Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p.108.

¹⁷⁴ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 132.

O diagrama em árvore decompor-se-ia, caso não houvesse a figura da norma fundamental. É o elo fundamental. Metaforicamente, é como se as normas fossem bússolas; sempre apontando para a mesma direção. Dentro do caos normativo a norma fundamental confere certo logos, que é a unidade. Mais a frente, cuidaremos da norma fundamental.

Mas pode haver objeção a esse critério. Pensemos no caso de um documento normativo 1 (DN_1) que tenha seu fundamento de validade imediato em outro documento normativo (DN_2) e ambos pertençam a SDP_1 : “ $(DN_1 \cdot DN_2) \in SDP_1$ ” No caso do DN_2 ser revogado ou ser declarado inconstitucional com efeitos *extunc* teríamos DN_1 sem o seu fundamento de validade imediato e o esquema seria “ $(DN_1) \in SDP_2$ ”, pois, reiteremos, apenas documentos normativos têm o condão de afetar a validade e a vigência de outros documentos normativos. Ao retirar DN_2 do SDP_1 , o SDP_2 é inaugurado. Nesse caso, em que DN_1 perde seu fundamento de validade imediato, ainda assim DN_1 é reconduzido à Norma Fundamental. E isso porque SDP_1 e SDP_2 são vistos em conjunto. Apesar de em SDP_2 o DN_1 não ter o seu fundamento imediato de validade, vislumbra-se em SDP_1 o seu fundamento imediato de validade.

Reiteremos ideia presente no ponto em que há a distinção entre os símbolos “sistema de direito positivo” e “ordenamento jurídico”: uma vez pertencente ao ordenamento jurídico, jamais a norma deixa de pertencê-lo. Se houver a sua revogação, será criado um novo sistema de direito positivo, mas a norma revogada continua presente no sistema anterior. Reforça-se, um enunciado prescritivo (por exemplo, revogado), nunca deixa de existir, ele apenas integra um outro sistema de direito positivo. Assim, uma norma sempre possuirá outra norma que a tenha criado, mesmo que em outro sistema de direito positivo. Pode-se até afirmar que uma norma sempre terá seu fundamento de validade, ainda que em outro sistema de direito positivo. Ocorre que, analisando estaticamente (SDP_1 apenas, por exemplo) há normas que não possuem esse fundamento de validade imediato.

2.8 - O direito como sistema lógico-dedutivo. Os problemas decorrentes da adoção de tal modelo.

Alguns analíticos, dentre eles os autores argentinos CARLOS AUCHOURRÓN e EUGENIO BULYGIN, na linha do lógico ALFRED TARSKI, operam com o modelo de sistema dedutivo de enunciados¹⁷⁵. Não adotaremos essa linha. Alguns motivos serão expostos para justificar a nossa opção. Atualmente, sabe-se que a norma individual (aquelas que constituem a base da “pirâmide”) vai além de uma dedução silogística (premissa maior universal, premissa menor individual e conclusão individual). Nas palavras de LOURIVAL VILANOVA:

“[...] a norma individual da sentença ultrapassa o âmbito da premissa maior, contendo conotação referencial nova. A proposição jurídica individual da sentença judicial não deriva dedutivamente da norma fundamental, nem das normas constitucionais ou das leis substantivas e processuais da legislação ordinária.”¹⁷⁶

Os enunciados prescritivos “inferiores” não são deduzidos logicamente dos enunciados que regulam a sua criação (competência, procedimento e matéria). Não deduzo um contrato da Constituição Federal, bem como não deduzo o ICMS (norma individual e concreta ou norma geral e abstrata) do Estado do Espírito Santo, da Constituição Federal. Ainda nas palavras de VILANOVA:

“(O direito-objeto) não é um sistema formal-lógico dedutivo. Se o fosse, não constariam, no seu vocabulário, constantes factuais, referentes ao mundo-de-fatos e condutas. Seria, antes, um sistema

¹⁷⁵ Os juristas argentinos ALCHOURRÓN e BULYGIN deixam bem clara a ideia de “sistema” como sendo um sistema dedutivo de enunciados. Na obra citada a seguir, o conceito de sistema é laborado de acordo com essa premissa: (ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1998.) Neste sentido Carlos Santiago Nino assevera: “O que é um sistema normativo? ALCHOURRÓN e BULYGIN determinaram o conceito partindo da definição de sistema dedutivo de enunciados, dada por TARSKI.” (NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p.117.)

¹⁷⁶ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.p. 156 - 157

de linguagem com o mínimo de interpretação, para conferir-lhe a natureza de sistema lógico.”

Pensamos que o método inferencial-dedutivo aplique-se aos sistemas estáticos, como a geometria ou a lógica: a relação entre os seus elementos é dedutiva e não está sujeita a alterações a menos que o sistema se modifique mediante a inserção de novos axiomas.¹⁷⁷ Nesses casos, necessariamente a conclusão está “contida” na premissa, o que não ocorre com o sistema de direito positivo onde, reitere-se, a norma inferior sempre possuirá novos critérios de uso (ampliara a conotação). Assim, o aplicador (imaginemos, da norma individual e concreta) possui sempre certo grau de liberdade, o que contraria a ideia de um sistema dedutivo. Kelsen constata o que foi dito na seguinte passagem:

“A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.”¹⁷⁸

Vamos esmiuçar a ideia através de alguns exemplos. Há a seguinte norma geral e abstrata: se causar dano à propriedade de outrem, deve ser o pagamento de indenização. Se Pedro causou dano à propriedade de José, e este aciona o intérprete autêntico (ou juiz), a seguinte norma individual e concreta (provavelmente) será “expedida”: dado o fato de Pedro causar dano à propriedade de José, deve Pedro pagar R\$300,00 (trezentos reais) a José mediante depósito na conta XXX. Neste exemplo podemos perceber que a norma geral e abstrata não prevê o meio de pagamento, logo, o juiz acrescentou uma nova classe que é “pagamento mediante depósito”; esta nota não está no conseqüente do fundamento de validade da norma individual e concreta. Do mesmo fundamento de validade, uma infinidade de normas pode ser criada.

Alguns símbolos são extremamente vagos e ambíguos, fato, esse, que dificulta muito a tarefa do cientista. Símbolos como “dignidade da pessoa humana”,

¹⁷⁷GUIBOURG, Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p.90.

¹⁷⁸KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 126.

“igualdade”, “justiça”, “liberdade”, “razoabilidade”, “proporcionalidade” são exemplos do problema mencionado na frase anterior. Kelsen, ciente do problema linguístico/de aplicação que tais expressões carregam, explicita:

“[...] as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade etc., diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis.”¹⁷⁹

Os símbolos mencionados são muito ricos denotacionalmente e fica difícil traçar um limite a respeito do que não preenche os critérios de uso e do que preenche; muitos casos são limítrofes. Muitos conteúdos estão presentes, mas de forma elíptica no conseqüente da norma jurídica, cabendo ao juiz especificá-los no caso concreto. Os seus conteúdos não são facilmente deduzíveis.

E mais, este trabalho possui cunho analítico, logo, ele analisa o sistema de direito positivo para retirar as conclusões, não do que deve ser, mas do que é. O sistema de direito é, todo ele, vertido em linguagem, então ele possui uma imensa gama de vícios ou falhas lógicas¹⁸⁰ como lacunas, redundâncias, antinomias e ambiguidades.

Outro ponto que deve ser ressaltado e que infirma essa natureza dedutiva do sistema de direito positivo é uma jurisprudência tão conflituosa. Do mesmo fundamento de validade, uma gama imensa de julgadores cria as mais conflitantes normas individuais e concretas. Não é necessária uma investigação empírica para constatar esse fato.

Com um sistema tão “defeituoso” torna-se difícil predicá-lo como “dedutivo”.

2.9 - A norma fundamental: pressuposto epistemológico e fundamento de validade da Constituição-positiva.

Neste tópico da dissertação o tema abordado será “a norma fundamental”. Ainda nos valendo da metáfora da “pirâmide”, como se esta representasse o

¹⁷⁹KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.p. 168.

¹⁸⁰ A respeito das falhas lógicas dos sistemas jurídicos: (NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.321 – 346)

sistema de direito positivo, estaremos tratando de um tema fora da pirâmide; tema de Filosofia da Ciência.

O sistema de direito positivo possui uma estrutura escalonada; é vertical. Mas ele não se prolonga *ad infinitum*; há um ponto em que a regressão é interrompida; não há mais para onde subir. É neste momento que esbarramos com a norma fundamental, pois a Constituição (norma positivada mais alta do escalão de normas) busca o seu fundamento de validade na norma fundamental. A norma fundamental é a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior¹⁸¹, ou seja, é o último fundamento de validade do sistema de direito positivo. Reitere-se: um dever-ser apenas retira a sua validade de outro dever-ser. Isso quer dizer que não há produção normativa do fáctico.

A “norma fundamental” não é norma posta, pois normas postas possuem como instância pressuposta a enunciação, logo, ato de vontade. Não há procedimento para a criação da norma fundamental. Ou seja, não há ato de vontade para a sua criação. Assim, ela não é pressuposta pelo ordenamento jurídico, que só contém normas postas, mas, sim, pela teoria do conhecimento jurídico, por isso ela é um problema epistemológico. É uma hipótese teórica para uma ciência cujo objeto é o direito positivo¹⁸²; ou um pressuposto epistemológico. Ela é condição para o conhecimento do direito-objeto.

Assim, ela não pertence à linguagem do direito-objeto, mas à linguagem da Ciência do Direito. Funciona como hipótese do trabalho científico-jurídico e cujo estudo cabe à teoria da ciência, que é uma metateoria. Expliquemos: Se L_0 é linguagem do direito, L_i linguagem da ciência dogmática, L_{ii} é linguagem da teoria da ciência, ou da teoria-da-teoria¹⁸³, ou seja, a descrição da norma fundamental cabe à Teoria da Ciência. Ela é um pressuposto gnosiológico; um postulado.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 163.

¹⁸² VILANOVA, Lourival. Teoria da Norma Fundamental. In. _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1. p.328.

¹⁸³ VILANOVA, Lourival. Teoria da Norma Fundamental. In. _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1. p.328.

Assim, a norma fundamental é pressuposta pelo conhecimento dogmático-jurídico, ou seja, é pressuposta por um ato gnosiológico. Assim, dentro dos limites aqui trabalhados, a pergunta “Qual o fundamento de validade do sistema de direito positivo?” é respondida da seguinte forma: a validade do sistema advém de uma norma que não se prova ou se fundamenta no interior do sistema; a validade do sistema advém da norma fundamental, como norma limite de um processo cognitivo.

Outra pergunta que pode ser feita é: se a norma fundamental pertence à linguagem da Ciência do Direito, não quebraria a cisão kelseniana entre ser e dever-ser afirmar que a Constituição positiva (linguagem-objeto) busca seu fundamento de validade na norma fundamental (linguagem-descritiva)? Ocorre que a norma fundamental é pressuposta pela Ciência do Direito, funcionando como uma hipótese de trabalho científico; como um conceito fundamental¹⁸⁴. Quando se diz que ela pertence à Ciência do Direito, quer dizer que ela é pressuposta pela Ciência do Direito; é uma hipótese de conhecimento. Assim, a norma fundamental é condição da possibilidade da ciência jurídica. Como pressuposto gnosiológico, procede de um ato de conhecimento¹⁸⁵, repita-se. Dessa forma, a Ciência do Direito pressupõe que existe essa norma na qual a Constituição-positiva busca seu fundamento de validade. Como dito acima, é uma hipótese de trabalho científico.

Explicando de outra maneira: o cientista do direito reconstrói gnosiologicamente o sistema de direito positivo e pressupõe a norma fundamental como aquela norma em que a Constituição-positiva busca o seu fundamento de validade. Caso não realizasse esse corte linguístico/intelectual, ele iria retroagir antes da primeira Constituição positivada, em regras de direito costumeiro, não postas. E essa operação não pararia por aí, podendo se prolongar até onde a sua imaginação o levar.

¹⁸⁴ Segundo LOURIVAL VILANOVA: “Conceito fundamental é aquele sem o qual não é possível ordenamento jurídico. [...] O conceito fundamental é condição da possibilidade do direito positivo e da Ciência do Direito positivo, para dizermos em léxico bem kantiano. (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 238 – 239)

¹⁸⁵ VILANOVA, Lourival. Teoria da Norma Fundamental. In. _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1. p. 335.

Caso a norma fundamental não seja aceita como pressuposto, apenas para argumentar, a Constituição-positiva não possuirá fundamento de validade, uma vez que a norma busca o seu fundamento de validade em outra norma. Assim, negando-se a hipótese da norma fundamental, o problema da validade da Constituição-positiva será alçado a outros setores de conhecimento, que não o jurídico. O direito-“objeto” faria parte não do homogêneo, mas, sim, do heterogêneo.

Alguns pontos merecem ser esclarecidos. A norma fundamental é norma jurídica (pressuposta, não posta, reitere-se), possui a partícula “dever-ser” como conector; tem estrutura deôntica. Não é enunciado descritivo, pois não descreve nada. A forma deôntica a reveste, não a apofântica. Sem termos a repetição: a norma fundamental pertence à Ciência do Direito como pressuposto epistemológico; a Ciência a pressupõe como norma jurídica na qual a Constituição busca o fundamento de validade. Se a Ciência do Direito não pressupuser a norma fundamental, o direito-objeto não se fecha, perdendo, assim, a sua unidade; teria início em fatos ou valores. Dessa maneira o direito-objeto é construído como um todo homogêneo. Segundo LOURIVAL VILANOVA:

“Quebraria o que denominamos *princípio da continuidade normativa*, se no começo lógico do sistema se colocasse uma proposição teórica factual ou uma proposição teórica de valor. Nem de um fato nem de um valor deriva-se a norma fundamental que, justamente, dá fechamento ao sistema jurídico positivo (expulsando metodologicamente o sociologismo e o jusnaturalismo ou o axiologismo idealista).”¹⁸⁶

Desta feita, a norma fundamental cumpre função dúplice: fundamentar a validade da Constituição positiva e funcionar como pressuposto epistemológico. Sem a norma fundamental, como vimos, a unidade do direito-objeto esfacela-se; uma norma não mais buscaria fundamento de validade em outra norma (pelo menos no ápice da pirâmide kelseniana).

¹⁸⁶ VILANOVA, Lourival. Teoria da Norma Fundamental. In. _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1. p. 333.

Última questão a ser tratada, mesmo que brevemente, diz respeito ao seu conteúdo. Alguns conteúdos foram propostos e o intérprete, intuitivamente, pode criar alguns outros, mas adotamos a seguinte: deve ser o dever de obedecer ao legislador ordinário. Ou, dado o fato de ter sido promulgada a Constituição Federal, deve ser a obrigatoriedade de respeitar às suas normas. Na frase anterior apenas preenchemos a estrutura “D[F→(S’RS’)]”. E esse preenchimento é perfeitamente possível, pois, reitere-se, norma fundamental é norma jurídica. Alguns outros conteúdos como “deve ser a legitimidade da Constituição-positiva”, “deve ser a validade da Constituição” são coerentes, mas não serão adotados aqui, pois a fórmula da norma jurídica necessariamente envolve sujeitos de direito, ao passo que esses conteúdos propostos, não. Assim, por uma questão metodológica não o adotamos.

2.10 - O problema da “validade” das normas jurídicas: validade como relação de pertinência com o sistema de direito positivo e o nosso critério de pertinência. O que faz o enunciado prescritivo pertencer ao sistema de direito positivo?

O tema da validade encontra-se atrelado ao “Direito” como um todo de maneira íntima. O símbolo “validade” é um dos que possui maior ambiguidade para a Ciência do Direito. Seu significado variará conforme a opção metodológica adotada, por exemplo: para o jusnaturalismo não são válidas normas que são injustas. Até mesmo na seara do juspositivismo (corrente adotada aqui) o termo “validade” experimenta alta oscilação semântica¹⁸⁷, isso porque o juspositivismo¹⁸⁸ apresenta (grosso modo) três grandes correntes: o legalismo,

¹⁸⁷ ROBSON MAIA LINS identificou oito significados atribuídos ao termo “validade”, quais sejam: “(i) fonte formal do direito; (ii) fundamento de validade; (iii) processo de invalidação de normas; (iv) o ato que põe no sistema a norma invalidadora; (v) a justeza das normas; (vi) vigência; (vii) eficácia e (viii) relação de pertinência da norma com o sistema. (LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 73)

¹⁸⁸ JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, ciente das dificuldades semânticas que o símbolo “positivismo” carrega, expressa: “Fornecer um conceito genérico de positivismo jurídico é tarefa tão complexa quanto harmonizar os diversos conceitos de direito natural. Pode-se partir do seguinte postulado: o juspositivista aceita como único direito existente aquele empiricamente observável (aquilo que, na realidade empírica, é tido como ‘direito’ vai depender da linha

o normativismo e o realismo. O primeiro, preocupado com a lei escrita, com o apego ao texto legal; o segundo, com as normas construídas a partir das leis; já o realismo preocupa-se com a efetividade: são as normas obedecidas (nesse caso validade e vigência se confundem).

A indagação realizada ao final do tópico anterior é relevante porque “validade” é característica definitiva do conceito de “direito” (conjunto de normas jurídicas válidas). Para nos valermos da linguagem kantiana, a frase “a norma jurídica é válida” é um juízo analítico, pois o seu predicado já está contido no sujeito, tal como “o triângulo tem três lados”, por exemplo. Uma norma válida é um pleonismo. Uma norma não-válida, nula, é uma *contradictio in adjecto*.¹⁸⁹

Mais uma advertência, de cunho preliminar, é feita: validade e existência serão utilizadas, aqui, como termos sinônimos para expressar o “ser” da norma jurídica. A advertência se justifica devido à existência do pensamento de autores que operam com o método positivista, assim como nós, e que fazem a distinção entre “validade” e “existência”. Dito de outra maneira, para os mencionados autores, “validade” é um predicado que pode não estar contido no conceito de norma jurídica, para falarmos em termos da gnosiologia kantiana. Dentre eles, podemos citar, a título de exemplo, MARCELO NEVES¹⁹⁰, PONTES DE MIRANDA¹⁹¹, RICCARDO GUASTINI¹⁹², ALF

positivista que se considere.” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130 – 131)

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1986. p. 216.

¹⁹⁰ “Quando o ato jurídico ou a norma jurídica entra defeituosamente no ‘mundo jurídico’, há ‘existência’ sem validade. Portanto, distinguem-se os planos da ‘existência’ e da validade.” (NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade** das Leis. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 41) Uma observação: talvez em obras recentes o mencionado autor não seja classificado como positivista, mas em seu trabalho aqui citado, essa era a sua postura.

¹⁹¹ “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale ou não. Não há de se afirmar nem negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tão pouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.” PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. IV, p.07.

¹⁹² “[...] a validade em sentido fraco, a mera “existência” não está privada de efeitos jurídicos. Pelo contrário, a “existência” é condição suficiente de aplicabilidade das normas, quer dizer, até as normas inválidas (em sentido forte) são suscetíveis de aplicação: ao menos enquanto a sua invalidade não for constitutivamente declarada por um órgão para isso competente

ROSS¹⁹³, CARLOS ALCHOURRÓN e EUGENIO BULYGIN¹⁹⁴, para ficarmos apenas com os positivistas.

Ocorre que não é a linha adotada neste trabalho. Partimos do dualismo kelseniano entre ser e dever-ser. Eis o nosso pilar epistemológico. As posturas mencionadas acima, nos parece, não são totalmente coerentes com nosso ponto de partida. Dizemos isso porque, a partir do momento que um enunciado prescritivo ingressa no sistema de direito positivo, apenas outro enunciado prescritivo do sistema de direito positivo poderá retirar a sua validade. Isso implica dizer que apenas um *dever-ser* retira outro *dever-ser*.

No trabalho, como pode parecer intuitivo, devido à construção realizada até aqui, atribuiremos ao símbolo “validade” esses dois significados: (i) validade como pertinência e (ii) validade como existência. Ambos os significados são convergentes, como mostraremos a seguir.

Ambos os significados se complementam, pois a norma existente é a que pertence ao sistema de direito positivo. Este conceito é nomeado por ALCHOURRON e BULIGYN como “conceito descritivo da validade” e também é relativo. Relativo porque uma norma não existe por si só, mas depende de

[...]”(GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 273); “Existência e validade devem ser cuidadosamente distinguidos. Uma norma é válida se estiver conforme todas as normas secundárias que regulam a sua criação e predeterminam seu conteúdo normativo”. No original: “ Existencia y validez deben ser cuidadosamente distinguidas. Una norma es válida si es conforme com todas las normas secundarias que regulan su creación y predeterminan su contenido normativo.” (GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo – estudos de teoria y metateoría del derecho**, trad. De Jordi Ferrer Beltran, Ed. Gedisa. Barcelona. 1999. p. 311.

¹⁹³ “[...] somente os fenômenos jurídicos no sentido mais restrito – a aplicação do direito pelos tribunais – são decisivos para determinar a vigência das normas jurídicas.[...] A efetividade que condiciona a vigência das normas só pode, portanto ser buscada na aplicação judicial do direito, não o podendo no direito de ação entre indivíduos particulares.” (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000. p.60.)

¹⁹⁴ “É verdade que os juristas se interessam, em geral, por aquelas normas que são existentes e válidas, mas em alguns contextos se preocupam também com as normas inválidas. Os típicos casos são da lei inconstitucional e da sentença ilegal. Uma lei inconstitucional é uma lei cujo ato de criação está proibido pela Constituição; trata-se, pois, de uma lei inválida, mas não cabe dúvida de que tal lei existe.” (tradução nossa). No original: “Es verdade que los juristas se interesan, por lo general, por aquellas normas que son existentes y válidas a la vez, pero em algunos contextos se preocupan también por las normas inválidas. Los típicos casos son los de la ley inconstitucional y de la sentencia ilegal. Una ley inconstitucional es una ley cuyo acto de creación está prohibido por la constitución; se trata pues de una ley inválida, pero no cabe duda de que la ley existe.”(ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Sobre la existencia de las Normas Jurídicas**. México: Fontamara, 2002. p. 33)

outra para poder existir. GUIBOURG, ao trabalhar com o conceito de “validade” em KELSEN explicita:

“A relação que compartilham as normas como membros de um sistema é a validade; afirmar que uma norma existe é equivalente a afirmar que ela é válida; afirmar que uma norma é válida, neste sentido, equivale a afirmar que pertence a um determinado sistema, porque nenhuma norma é válida por si só.”¹⁹⁵ (tradução nossa)

Dessa maneira, a norma jurídica válida (reforçamos que “válida” não é predicado, mas, sim, integra o sujeito, neste caso) pertence ao sistema de direito positivo. A conduta humana apenas é possível de ser predicada deonticamente quando for revestida pelo manto do deôntico; quando o functor deôntico neutro “D” abarcá-la. Assim, só se fala em conduta ilícita no interior do sistema de direito positivo. A título de reforço a respeito de tudo que dissemos, Lourival Vilanova, que também entende ser a “validade” uma relação de pertinência, explicita:

“No direito, são as regras do processo legislativo, ou quaisquer outras regras-de-regras, que estabeleçam como constituir, reformar ou desconstituir normas válidas. A validade é, assim, validade no interior do sistema positivo. Normas de outra procedência, ou de outro conteúdo, para ingressarem no sistema, requerem regra-de-regra que as juridicize, que as convalide. A correspondência com tais regras “processuais” dá-lhes relação-de-pertinência face ao sistema positivo.”¹⁹⁶

Assim, quando afirmamos que “a norma X é válida”, queremos dizer que “a norma X pertence ao sistema Y”, tão-somente. Eis mais um pacto semântico. Não cabe ao cientista criticar o seu objeto de estudo, mas, sim, analisá-lo. Nossa postura epistemológica consiste em decompor linguisticamente o direito-objeto para realizar a sua análise. Se a norma é boa ou ruim, isso são predicados atribuíveis no seio de uma teoria deontológica do direito, o que não

¹⁹⁵. No original: “ La relación que comparten las normas como miembros de un sistema es la validez; afirmar que una norma existe es equivalente a afirmar que es válida; afirmar que una norma es válida, en este sentido, equivale a afirmar que pertenece a un determinado sistema, porque ninguna norma es válida por sí sola.”(GUIBOURG. Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 91)

¹⁹⁶ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 27.

é o nosso caso. Dito de outra maneira, o cientista analisa o objeto e diz como ele é, e não como ele deveria ser. Pensamos que a diferenciação entre os planos da “existência” e da “validade” revela resquícios dessa postura deontológica, pois predicar a norma existente como válida ou inválida inevitavelmente revela um juízo de valor do cientista a respeito de seu objeto.

A “validade” passa a ser critério indispensável para se trabalhar com “sistema de direito positivo”. Ocorre que o símbolo “validade” experimenta alta instabilidade semântica, o que faz com que o modelo adotado influencie diretamente no conceito de “validade”. Nessa esteira, Diego Martin Farrell¹⁹⁷ expõe que:

“Las normas jurídicas se consideran válidas cuando concuerdan con el criterio adoptado por el jurista. Puede decirse, entonces, que la validez no es una propiedad de las normas, sino una relación entre la norma y el criterio elegido: cuando la norma se ajusta al criterio se la considera válida.”

A “validade”, neste trabalho, não é tida como predicado monádico, ou seja, como atributo que qualifique a norma jurídica. A validade figura, aqui, como relação cujos termos são norma e sistema, tendo entre eles o functor poliádico “pertence”, lembrando que os funtores poliádicos relacionam dois ou mais termos. O status da “validade” é o de relação: é o vínculo que se estabelece entre a norma jurídica e o sistema de direito positivo. Assim, ao dizer que a norma N_1 é válida, se quer dizer que ela pertence ao sistema “S”. Fora do sistema de direito positivo não se fala em norma jurídica. A mesma apenas existe em virtude de um vínculo instaurado com o sistema de direito positivo. E fora do sistema a modalização deôntica inexistente.

Dentro da linha trabalhada, quando a norma jurídica pertence ao sistema de direito positivo, diremos que há a validade-pertinência. Esta se manifesta com o functor relacional, como dito acima. Desta feita, na fórmula “ $x \in K$ ”, a validade-pertinência se manifesta naquele functor poliádico “ \in ”. Eis o vínculo instaurado entre norma jurídica e sistema de direito positivo. Mas qual o critério que determina que x pertence a K ?

¹⁹⁷ FARREL, Diego Martin. **Hacia um critério empírico de validez**. Buenos Aires: Abelardo Perrot. 1992. p.23.

O professor RICARDO CARACIOLLO (apud MOUSSALLEM, 2011, p. 136) elenca dois critérios para se discutir a pertinência das normas ao sistema de direito positivo: o critério da dedução e o critério da legalidade. De acordo com as suas palavras:

“De acordo com o primeiro, pertencem a um sistema S todas as normas que se deduzem logicamente de outras normas (dependentes ou independentes) que também pertençam a S. Com respeito ao segundo, pertencem ao sistema S todas as normas cuja ‘promulgação’ ou formulação, isto é, a realização de certos atos por indivíduos definidos, tenham sido autorizados por outras normas (dependentes ou independentes) que também pertencem a S.”¹⁹⁸

Já expomos nossa posição a respeito do motivo da não adoção do critério da dedução. Assim, nosso critério para definir se X pertence a K, é o critério da legalidade. Uma vez posta uma norma por autoridade competente, mesmo que dissonante da norma superior, apenas outra norma retirar-lhe-á, e nesse meio tempo ela continuará a pertencer ao sistema de direito positivo, ou seja, ela será válida.

Antes de encerrarmos este tópico, cabe realizarmos uma advertência. A relação que a norma mantém é com o sistema de direito positivo, e não com a norma que a criou. Quando a norma criadora “ejeta” no sistema a norma criada, não mais persiste qualquer vínculo entre ambas; são independentes. Independente do escalão hierárquico, essa regra aplica-se a todas as normas jurídicas.

¹⁹⁸ CARACCIOLLO, Ricardo. **El sistema jurídico**: problemas actuales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998. p. 167. No original: “De acuerdo con el primero, pertenecen a um sistema S todas las normas que se deducen logicamente de otras normas (dependientes o independientes) que también pertenecen a S. Com arreglo al segundo, pertenecen al sistema S todas las normas cuya ‘promulgación’ o formulación, esto es, la realización de ciertos actos por individuos definidos, han sido autorizados por otras normas (dependientes o independientes) que también pertenecen a S”.

2.11 - A validade e o percurso de geração de sentido deôntico (percurso para a construção da norma jurídica): é correto o juízo implicacional “se for validade do texto normativo, então deve ser a validade da norma”?

Neste ponto enfrentaremos o problema que diz respeito à validade do texto normativo e validade da norma jurídica. Mais um corte linguístico. Relembramos, aqui, que o intérprete, para construir a norma jurídica, percorre quatro planos, na linha de PAULO DE BARROS CARVALHO, quais sejam: (i) o subsistema da literalidade textual; (ii) o subsistema dos significados atribuídos ao texto; (iii) o subsistema da norma jurídica; (iv) a integração da norma jurídica ao sistema de direito positivo.

O nexó “se... então...”, que é imputacional, deve ser preenchido com a significação que se constrói a partir do subsistema da literalidade textual. Uma vez preenchido, há a construção da norma jurídica, que é um juízo. Nuamente exposta em seu esquema formal, a norma jurídica possui a estrutura “se A, então deve ser B”. Os enunciados descritivos, que ocupam o nível de metalinguagem com relação aos enunciados prescritivos, descrevem as normas jurídicas. A fórmula da norma jurídica não se encontra explícita no sistema de direito positivo; é uma construção intelectual do intérprete, que visa operar com categoremáticas e sincategoremáticas, tão-somente. Diante do sistema de direito positivo, o intérprete o formaliza (ou seja, o esvazia de qualquer conteúdo), para operar apenas com a sua estrutura. Desta maneira, constroem-se fórmulas a partir das estruturas lógicas do direito positivo¹⁹⁹.

Essa brevíssima introdução serve para responder à seguinte indagação: a fórmula “se for validade do texto normativo, então deve ser a validade da norma” é uma construção verdadeira?

¹⁹⁹ Apenas para reforçar o que foi explicitado neste parágrafo: “A lógica jurídica não pode dizer qual o conteúdo que há de preencher a forma: é tema extralógico. Importa numa consulta à experiência, numa tomada de contato com o sistema social. A lógica fica dentro do sistema formalizado da linguagem do direito positivo. [...] A lógica jurídica é o formalismo jurídico, quer dizer, é formalização do ser do direito. Não nos oferta uma ontologia do direito, mas tão-apenas uma capa desse ser do direito, o delicado estrato das estruturas formais.” (VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.p. 87 – 88)

A validade dos enunciados prescritivos (i) é condição para a validade dos demais planos (ii; iii; iv). Caso um enunciado prescritivo da religião, da moral ou do social (que também são sistemas normativos) ocupe o subsistema S1, desse subsistema o intérprete não constrói uma norma jurídica, mas uma norma religiosa, ética ou social, apenas. Assim, uma norma jurídica pressupõe, necessariamente, que enunciados prescritivos integrem o subsistema S1.

Mas pode coincidir que de enunciados prescritivos integrantes de outros sistemas normativos sejam construídas normas jurídicas. Expliquemos. Os dez mandamentos proíbem o homicídio, por exemplo. Da mesma forma o enunciado prescritivo do artigo 121 do Código Penal também proíbe o ato de homicídio. De ambos enunciados prescritivos é possível construir a norma: se for homem, deve ser a proibição de matar outro homem. Essa é uma norma tanto religiosa como jurídica. Qual seria o critério para diferenciá-las? O critério é a pertinência do enunciado prescritivo. Caso o enunciado prescritivo pertença ao sistema de direito positivo, a norma construída será jurídica; caso integre a Bíblia, será uma norma religiosa. Mas, reiterar-se, nada impede que a norma jurídica possa coincidir com normas de outros subsistemas.

Eis a importância do plano S4. Ele é a condição para que a norma possa ser remetida ao sistema de direito positivo. Dessa maneira, não é possível formular normas jurídicas a partir de enunciados que não integrem o sistema de direito positivo.

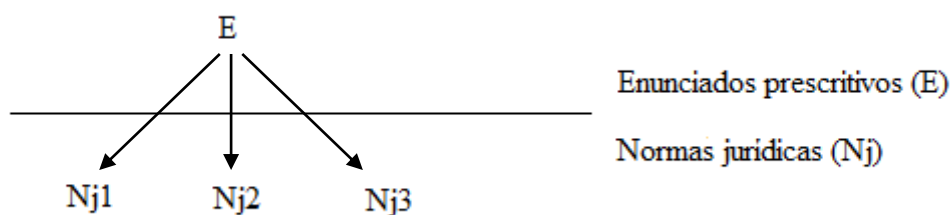
Ocorre que a significação (S2) ou norma (S3) podem não ser válidas, mesmo que o enunciado prescritivo pertença ao sistema de direito positivo. No sistema de direito positivo brasileiro é o caso, por exemplo, da “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, onde o enunciado prescritivo permanece intacto, mas uma (ou algumas) das normas que são construídas a partir dele perdem a sua validade. Ciente de tal situação, Gabriel Ivo expõe: “[...] a decisão do Supremo Tribunal Federal expulsa do ordenamento não só enunciados prescritivos, como também pode ter como objeto apenas normas

jurídicas, deixando intactos os enunciados prescritivos.”²⁰⁰. No mesmo sentido, TÁREK MOUSSALLEM se posiciona:

“A validade do enunciado prescritivo é condição suficiente e necessária para a validade das proposições isoladas e das normas jurídicas. Pode haver validade do enunciado sem que haja validade das proposições isoladas e das normas jurídicas, mas não pode haver validade destas duas últimas sem a validade do primeiro.”²⁰¹

Desta maneira, é possível que mesmo diante de enunciados prescritivos válidos, a construção intelectual que satura a estrutura implicacional (se, então) seja inválida. Essa tese apenas reafirma a separação ontológica entre texto (suporte físico) e norma (juízo).

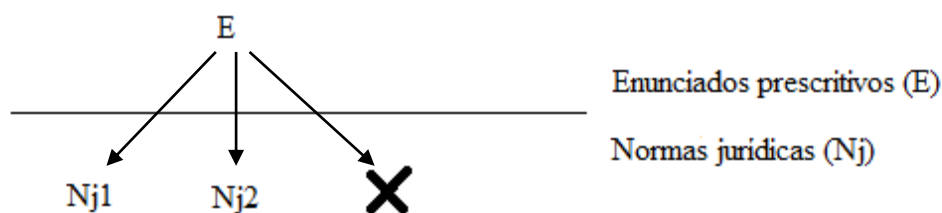
Podemos representar a nossa ideia com o seguinte esquema:



No esquema acima temos as normas construídas a partir dos enunciados prescritivos. Sabendo de nossa repetição, advertimos: apenas há norma quando o juízo implicacional “se, então” for preenchido. O que pode ocorrer é o que é representado abaixo. Eis a nossa ideia:

²⁰⁰ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p 166

²⁰¹ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011.p. 144. No mesmo sentido: SANTI, Eurico Marcos. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.



No esquema acima, temos que a Nj3, presente no primeiro esquema, fora invalidada. Assim, eis um caso em que uma norma jurídica é afetada e o enunciado prescritivo permanece intacto. Mas - e vejamos a importância do plano dos enunciados prescritivos – a norma jurídica é invalidada por meio de enunciados prescritivos, que são aqueles enunciados contidos no documento normativo. Desta maneira, e dentro do exemplo dado, o acórdão enunciado-enunciado invalida a norma jurídica. Mas, reitere-se, há a manifestação no plano sintático, no plano do enunciado. Se não houver manifestação no plano do enunciado prescritivo, a norma jurídica não é anulada.

Conceito muito próximo ao de “validade” é “vigência”. Ambos, em alguns contextos, chegam a ser confundidos, devido a essa proximidade. No próximo tópico visamos definir o nosso conceito de vigência.

2.12 – A vigência: o intervalo de subsunção. A eficácia: produção de efeitos.

Iremos insistir novamente no delineamento das premissas aqui traçadas. O direito-objeto é constituído por enunciados prescritivos. Esses enunciados integram um documento normativo. Esse documento normativo é o ponto de partida do cientista do direito para que ele possa atribuir sentido ao dado empírico. Como dito, esses enunciados são classificados em enunciado-enunciado e enunciação-enunciada. A enunciação-enunciada consiste nos dêiticos lançados neste documento normativo, ou seja, consiste nas marcas inerentes ao procedimento, ao sujeito produtor, ao tempo e ao espaço. Ao passo que o enunciado-enunciado consiste em tudo aquilo que não for a

enunciação-enunciada. Da leitura da enunciação-enunciada constrói-se a norma “veículo introdutor”. Por ser norma, possui a estrutura “F→SRS”. Essa norma determina a obrigação da comunidade respeitar os enunciados inseridos pela enunciação enunciada. TÁREK MOUSSALLEM explica detalhadamente no que consiste essa norma “veículo introdutor”:

“O seu antecedente [do veículo introdutor] é composto por um enunciado protocolar – fato jurídico – que projeta no documento normativo a linguagem constitutiva do agente competente, do espaço, do tempo em que se realizou a sua atividade, bem como deixa indícios (nome da espécie do veículo introdutor) do procedimento utilizado para a confecção do documento. Todos presumidos *juris tantum*. O consequente é composto de uma relação jurídica modalizada pelo functor obrigatório (O), que prescreve o dever de toda a comunidade observar as regras jurídicas criadas pelo exercício de uma dada competência e de um dado procedimento.” ²⁰² (grifos do autor)

Pois bem. Mas os enunciados prescritivos criados não possuem força para regulamentar imediatamente as condutas humanas. Ou seja, eles pertencem ao sistema de direito positivo, mas não são vigentes. A essa força normativa de regulamentar condutas dá-se o nome de vigência. A vigência é uma propriedade dos enunciados prescritivos que estão aptos a propagar seus efeitos jurídicos, ou seja, aptos a serem aplicados.

Há normas que existem (são válidas), mas não são vigentes, ou seja, não dispõem dessa aptidão; essas normas não podem ser aplicadas; não há incidência dessa norma. Mesmo que ocorram os eventos previstos em sua hipótese normativa, a autoridade competente não está autorizada a aplicar essa norma, uma vez que não é vigente. Neste sentido, assevera PAULO DE BARROS CARVALHO:

“[...] a norma jurídica se diz vigente quando está apta para qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos de direito, dentro dos

²⁰² MOUSSALLEM, Tárek. **Fontes do Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006. p.132.

limites que a ordem positiva estabelece, no que concerne ao espaço e no que consulta ao tempo.”²⁰³

Para PAULO DE BARROS CARVALHO a vigência do veículo introdutor ocorre no mesmo instante que este se torna válido.²⁰⁴ Assim, o veículo introdutor, para o professor paulista, é vigente e válido no momento de sua criação. Ocorre que não pensamos desta forma. Basta lembrarmos que no consequente do veículo introdutor há a obrigação dos destinatários da comunidade jurídica respeitarem os enunciados criados. E essa obrigação começa a ter força normativa apenas quando for ultrapassado o prazo estipulado na *vacatio legis* (lapso que se interpõe entre a publicação e o termo inicial de vigência). Prazo, esse, previsto no próprio documento normativo na chamada “cláusula de vigência”: Essa lei entrará em vigor 45 dias após sua publicação. Tanto é assim que enquanto a nova norma criada não estiver vigente (no caso dela ser uma norma revogadora), a norma antiga ainda possui força normativa.

Concordar com a ideia do professor PAULO DE BARROS CARVALHO equivale a aceitar a ideia de que os enunciados-enunciados veiculados pelo veículo introdutor passam a ser vigentes àquele momento de criação do documento normativo. E a vigência apenas ocorre após o transcurso do lapso temporal chamado *vacatio legis*.

Pensamos que os enunciados-enunciados apenas passam a ter força obrigatória depois de transcorrido o prazo da *vacatio legis*, não antes. Por essa razão é que pensamos que o momento de validade do veículo introdutor não se confunde com o momento de sua vigência. No mesmo sentido, TÁREK MOUSSALLEM, ao tratar do consequente do veículo introdutor, se posiciona. O professor capixaba nos oferece um interessante exemplo:

“[...] o enunciado-enunciado de um documento normativo pode estipular em sua cláusula de vigência: “Esta lei entrará em vigor 120

²⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

²⁰⁴ Os veículos introdutores terão sua vigência marcada pelo átimo da própria validade. Nesse caso específico, vigência e validade são concomitantes e não teria sentido imaginar-se que a regra geral e concreta, operando como instrumento introdutor, tivesse de esperar intervalo de tempo para, somente depois, irradiar sua vigência, dado que a finalidade exclusiva de tais normas é inserir na ordem jurídica posta outras normas. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.)

dias após a sua publicação”. Não parece haver dúvidas de que a palavra “lei” na cláusula de vigência trazida à baila faz referência à enunciação-enunciada, protraindo a obrigação de observância dos enunciados-enunciados para 120 dias após sua publicação, embora a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado já pertençam ao sistema do direito positivo. ”²⁰⁵

A cláusula de vigência exerce função metalinguística, uma vez que prescreve o lapso temporal a ser respeitado para que a norma introduzida e o veículo introdutor passem a adquirir vigência.

Dessa maneira, para nós, os enunciados prescritivos primeiro são válidos para em seguida serem vigentes. Serão vigentes no momento em que for cumprido o lapso temporal entre a publicação e o termo inicial de vigência. Assim, a vigência da norma concerne ao tempo em que o conseqüente do veículo introdutor terá força para regulamentar condutas.²⁰⁶ E a esse intervalo em que o acontecimento do mundo social está suscetível a ser denotado no antecedente da norma jurídica chama-se intervalo de subsunção. Assim, certa conduta conotada no antecedente da norma jurídica passa a ser suscetível de predicação jurídica (lícito ou ilícito) a partir do momento que essa norma geral e abstrata estiver vigente. Se tal conduta ocorrer nesse intervalo de subsunção pode-se dizer que a autoridade competente está permitida a revestir tal evento em linguagem competente, o que instaura uma relação jurídica.

E mais, o intervalo de subsunção equivale ao critério temporal da norma jurídica, idealizado por PAULO DE BARROS CARVALHO.

Outro tema umbilicalmente ligado ao tema da “vigência” é a “eficácia”. PAULO DE BARROS CARVALHO opera com três diferentes sentidos de eficácia, quais sejam: eficácia técnica, eficácia jurídica e eficácia social:

“Eficácia técnica é a qualidade que a norma ostenta, no sentido de descrever fatos que, uma vez ocorridos, tenham a aptidão de irradiar efeitos, já removidos os obstáculos materiais ou as impossibilidades sintáticas (na terminologia de Tércio). “Eficácia jurídica” é predicado

²⁰⁵ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011.p. 155.

²⁰⁶ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p 159.

dos fatos jurídicos de desencadearem as consequências que o ordenamento prevê. E, por fim, eficácia social, como a produção concreta de resultados na ordem dos fatos sociais.”²⁰⁷

Iremos tecer algumas críticas à mencionada classificação. O conceito de eficácia jurídica se confunde com o conceito de aplicação/incidência. Admitir que certa norma jurídica possui eficácia jurídica significa dizer que ela foi aplicada. E, uma vez aplicada, ela irradia seus efeitos pelo ordenamento jurídico, efeitos, esses, que consistem na constituição de uma relação jurídica. No seio de nossa teoria falar de eficácia jurídica é a mesma coisa que falar de aplicação.

No que tange à eficácia social, temos que esta é o efeito que a norma irradia perante a conduta dos destinatários. É o campo de estudos pertencente à Sociologia jurídica. Indagar até que ponto a regra jurídica é respeitada é o mesmo que questionar sua eficácia social. Mas este conceito, como dito, não está inserido em nosso objeto de estudos; pertence a outro campo de investigação científica.

Por último, temos a eficácia técnica. A regra é eficaz, tecnicamente, quando ela está apta plenamente a incidir no plano do ser. PAULO DE BARROS CARVALHO nos oferece um exemplo de uma norma que perde a sua eficácia técnica:

“No caso de declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, pelo controle difuso, suspende-se sua eficácia mediante resolução do Senado, até que seja ela revogada pelo órgão competente. Em outras palavras, significará: certa norma vigente na ordem jurídica nacional teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, que comunica sua decisão ao Senado da República. Este, pela figura legislativa da resolução, manda suspender a eficácia técnica daquela regra, que permanece vigente sem poder atuar, continuando também válida, até que o órgão que a promulgou venha a expulsá-la do sistema. O expediente da resolução

²⁰⁷CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p 102

do Senado traz um obstáculo de ordem sintática que caracteriza ineficácia técnica.”²⁰⁸

Poderíamos substituir o termo “eficácia técnica” por “vigência-aplicação”. A norma sem vigência-aplicação significa a norma que é insuscetível de ser aplicada, como o próprio nome sugere.

Assim, ao tratarmos de “eficácia”, vemos que somente a “eficácia-técnica” – ou como nomeamos “vigência-aplicação” – torna-se relevante ao nosso estudo, pois a “eficácia social” pertence ao campo de estudos da Sociologia e a “eficácia jurídica” se confunde com o conceito de incidência/aplicação.

2.13 - O problema da hierarquia normativa: quando há uma relação de hierarquia?

O problema da hierarquia normativa ganha contornos mais nítidos na obra de Kelsen, onde o mesmo faz a alusão ao sistema escalonado de normas jurídicas. Mas o que significa dizer que N_1 é superior a N_2 ?

A hierarquia entre normas de certo sistema é tecida pelo próprio sistema, não por elementos externos e mais, é sem sentido o questionamento a respeito de hierarquia de diferentes sistemas normativos.

Como dissemos acima, quando tratamos do conceito de “sistema”, dissemos que este possui um repertório e é integrado por uma estrutura. Nessa estrutura inerente ao sistema de direito positivo há entre os seus elementos uma disposição hierárquica. A hierarquia pode ser analisada, segundo PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA²⁰⁹, por quatro perspectivas: a) a hierarquia formal; b) hierarquia material; c) hierarquia lógica e d) hierarquia axiológica. No presente trabalho veremos a hierarquia ao seu modo formal, ou estrutural. Segundo o referido autor, a hierarquia formal é a existente entre uma norma de

²⁰⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. V.1. p. 123.

²⁰⁹ PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010. p.16.

competência e outra regra cuja produção for por ela disciplinada. De acordo com esse mesmo autor, a hierarquia formal manifesta-se quando:

“[...] tem-se uma norma 1, que confere competência a determinado órgão para a produção de normas, e a norma 2, elaborada no exercício de tal competência. Entre tais normas existe hierarquia formal.”²¹⁰

Pois bem, trabalharemos apenas com a hierarquia dita formal. GUIBOURG²¹¹ explica a estrutura hierárquica das normas da seguinte forma:

“6) A ordem jurídica é um sistema de normas ordenadas hierarquicamente entre si de um modo que, traduzido a uma imagem visual, se assemelharia a uma pirâmide formada por vários pisos superpostos; 7) Esta hierarquia nasce do princípio da derivação dinâmica: a norma inferior encontra na superior a razão ou fonte de sua validade, e obtém essa validade sempre que tenha sido criada por um órgão e pelo procedimento estabelecidos na norma superior.”

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.²¹² Encontram-se no sistema jurídico, além de normas de conduta, normas sobre normas, normas que prescrevem como se devem criar outras regras.²¹³ Assim, *as normas que prescrevem como devem ser criadas as outras normas são superiores às normas criadas ou, dito de outra forma, as normas que estabelecem qual procedimento deve ser obedecido ao se realizar o ato de enunciação são superiores às normas criadas.*²¹⁴ Por exemplo: A Constituição Federal prescreve os requisitos que devem ser preenchidos para a criação da lei conhecida como Código de Processo Civil que, por sua vez, prescreve as condições que devem ser seguidas para que o juiz crie a sentença judicial.

²¹⁰ PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010. p.16.

²¹¹ GUIBOURG, Ricardo. **Derecho, sistema y realidad**. Buenos Aires: Astrea, 1986. p 16

²¹² Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 247.

²¹³ VILANOVA, Lourival. Teoria da Norma Fundamental. In. _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1. 313.

²¹⁴ CARACCILO (apud MOUSSALLEM, 2011, p. 168) segue a ideia aqui exposta e assevera que “[...] puede decirse que una norma N es superior a otra norma N1 em caso de que N autorice la promulgación de N1 y, a su vez, N1 será superior a N2 si autoriza la formulación de N2.”

Assim, a sentença busca o seu fundamento de validade no Código de Processo Civil e este busca seu fundamento de validade na Constituição Federal.

Há que se atentar a um detalhe que pode ser caro se passar despercebido: os enunciados prescritivos podem conter vícios, sejam na forma (auferidos através da análise da enunciação-enunciada), sejam na matéria (auferidos pela análise do enunciado-enunciado).

Mesmo que seja “viciada”, a norma pertence ao sistema de direito positivo; integra essa estrutura hierárquica. Dessa maneira, o produto final da enunciação será válido e apenas será retirado do sistema por outro produto, ou seja, deve haver outro ato de enunciação para que se proceda a tal fim. Nada retira norma do sistema a não ser norma, nem tempo, nem valor, nem fato. Para que tal norma “viciada” seja expulsa, uma norma superior a ela estipula o procedimento para a sua expulsão. Neste sentido, TÁCIO LACERDA GAMA explicita que “A invalidade ou nulidade de uma norma é construída por decisão competente. Por isso mesmo, de nada vale toda a ciência do mundo sustentar a invalidade de uma norma se o sistema jurídico assim não fizer.”²¹⁵

Pensamos que é relevante nomear esse liame estabelecido entre norma “criadora” (ou norma que estabelece o procedimento para o ato de enunciação) e norma criada. A esse laço de subordinação estabelecido entre a norma criadora e a norma criada, nomearemos “fundamento imediato de validade”, como já exposto mais acima.

Os enunciados prescritivos, quando criados por ato de vontade do legislador, no SDP que inauguram, possuem fundamento de validade imediato. Ou seja, neste caso, a norma criadora é instância lógica pressuposta à norma criada.

Assim, no que diz respeito à hierarquia, para nosso trabalho, adotamos a ideia seguinte: a norma que estabelece o procedimento que deve ser seguido ao instante da enunciação é a norma superior à norma criada por este ato de enunciação.

²¹⁵ GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses. 2009. p 123

Capítulo III – O documento normativo “Constituição Federal” e o Controle Concentrado de Constitucionalidade. O problema do controle da produção normativa, ou, o controle do produto normativo.

Neste capítulo objetivamos situar nossa posição constructivista no que pertine à Constituição e ao Controle Concentrado de Constitucionalidade. De início, iremos traçar noções essenciais no que tange à Constituição Federal. Após, serão tecidas algumas notas a respeito da Inconstitucionalidade. Por ser um vício, logo, passível de anulação, situaremos nossa posição no que tange à Teoria das Nulidades. Depois, serão traçadas as principais diferenças entre as normas criadas pelo STF e pelo Senado, em sede de controle difuso, e pelo STF em sede de controle concentrado, especificamente da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3.1 – O instrumento introdutor “Constituição Federal”. Nosso conceito e a resposta à pergunta: por que a sua superioridade hierárquica?

Não é o fito do trabalho realizar uma análise histórica a respeito do conceito do símbolo “Constituição”. Sabemos que a carga emotiva é muito presente quando se fala em Constituição Federal. É quase inevitável abstrair o influxo axiológico que nos vem à mente no momento em que vamos tratar da Constituição Federal. O problema é que quanto mais comprometido com o seu objeto de estudos, menor a chance do pesquisador obter certo grau de neutralidade quanto ao mesmo e, via de consequência, não obter um resultado neutro, mas um resultado que é o seu reflexo. Segundo Lourival Vilanova:

“A confluência de vários conceitos para um só termo (plurivocidade) é frequente no domínio das ciências sociais. Sua causa, antes aludida, é a complexidade do objeto do conhecimento e a interferência da equação pessoal valorativa do sujeito do conhecimento. Na Teoria Geral do Estado, por exemplo, falta conotação rigorosa em termos básicos como Estado, política, poder, constituição, termos estes que

devem ser expressão de conceitos descritivos de objetos. Quanto maior é a possibilidade de suplantar a função descritiva pela estimativa, então mais acusada é a pluralidade de sentidos. Assim acontece na doutrina política com os termos justiça, liberdade e vários outros.”²¹⁶

Segundo UADI LAMMÊGO BULOS, “o conceito de “constituição” é um conceito em crise, pois até hoje os estudiosos não chegaram a um consenso a seu respeito, existindo diversos sentidos para o seu entendimento.”²¹⁷

O próprio Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Min. Celso de Mello, afirma que os doutrinadores não formulam um conceito único de Constituição, mas, sim, adotam uma pluralidade de acepções. Tal atitude é nociva à construção científica, pensamos. O referido Ministro afirma ainda:

“Cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que seja, havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual.”²¹⁸

Pensamos ser difícil, cientificamente, entender como a Constituição deve ser entendida em função do “espírito que a anima”. Obviamente que se adotarmos este conceito de Constituição, cada sujeito cognoscente terá o seu próprio

²¹⁶ VILANOVA, Lourival. O problema do Objeto da Teoria Geral do Estado. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. v.1. p 86 – 87.

²¹⁷ BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A noção de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade. ADI 595/ES. Governador do Estado do Espírito Santo e Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Rel: Min. Celso de Mello. Brasília, 26/02/2002. Disponível em:< www.stf.jus.br.> Acesso em 29.04.2016

conceito e estaríamos fadados a caminhar em um labirinto linguístico onde ninguém lograria se entender, pois essa fórmula é extremamente ambígua, vaga e possui muita carga emotiva.

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA afirma que há três dimensões que integram a Constituição: a normativa, a fático-social e a ideológica (axiológica)²¹⁹. Essa tridimensionalidade inerente ao diploma normativo equipara-se ao tridimensionalismo de MIGUEL REALE, para quem o direito é a integração normativa de fatos segundo valores, ou seja, é o mesmo objeto, mas com várias dimensões.

De acordo com PIMENTA²²⁰, a dimensão normativa significa que a Constituição é um sistema de regras e princípios fundamentais que organizam juridicamente o Estado. Trata-se de um subsistema de normas que regula a produção normativa.

Já a dimensão fático-social, segundo LASSALLE (apud Pimenta, 2010, p.24) é “a soma dos fatores reais do poder” que regem uma nação, ou seja, uma força viva e eficaz, resultante da conjugação de vários fatores (poder militar, poder social e poder econômico) capaz de informar as leis e as instituições jurídicas. Ainda, segundo LASSALLE,

“[...] juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão ‘escrita’. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas”²²¹

E a outra dimensão que integraria o conceito de “Constituição” seria a dimensão ideológica ou axiológica. Tal dimensão é integrada pelos valores constitucionais que se concretizam com a Carta Magna, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade, democracia, dentre outros.

²¹⁹ PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 24.

²²⁰ PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 24

²²¹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 19. In: PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 24

Essas dimensões, tais como a tridimensionalidade de REALE, estão intimamente condicionadas, ou seja, o texto normativo, a realidade social e os valores constitucionais implicam-se mutuamente. Assim, um conceito abrangente de “Constituição” englobaria essas três dimensões. Segundo MARCELO NEVES, a Constituição “comporta a mútua implicação dos fatores fático-sociais, normativo-jurídicos e ideológicos, que constituem as dimensões básicas e essenciais do fenômeno estatal.” ²²²

Não há como negar que o direito-objeto, por ser um objeto cultural, está impregnado de valor, uma vez que é uma construção humana. Produzir enunciados é uma atividade tão-somente humana. Ao isolarmos tematicamente o conjunto de enunciados prescritivos válidos para realizarmos uma análise a respeito dos mesmos, não negamos que a nossa análise e nem que o objeto estejam impregnados de valores. Ocorre que em nosso trabalho iremos dar especial ênfase à dimensão normativa da Constituição. Pensamos que o estudo da dimensão axiológica da Constituição Federal cabe à Ética e não ao Direito. Reiteramos um ponto importante: o isolamento dos enunciados é artificial, não há como retirar o direito-objeto de seu contexto social e nem há como esvaziá-lo de seus valores. A nossa ideia é operar tão-somente com enunciados prescritivos.

Por isso, tentaremos analisar a Constituição Federal como um documento normativo como qualquer outro. Não estamos negando toda a sua importância nem o seu conteúdo valorativo, mas, para sermos fiéis ao método aqui adotado, iremos analisá-la como um plexo de enunciados prescritivos. Assim, adotamos o conceito que GILMAR MENDES chama de Constituição em sentido formal, que, segundo ele:

“A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte

²²² NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.62.

originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas. ”²²³

Assim, utilizaremos o conceito formal de Constituição, e não o material, que a define de acordo com o conteúdo de suas normas.

Neste ponto, cumpre lembrar uma questão importante, que é a distinção entre “documento normativo” e “instrumento introdutor”. O documento normativo consiste em textos escritos em um suporte físico, e instrumento introdutor é o nome desse documento normativo. Embora façamos o uso das duas expressões de maneira indistinta, essa é a diferença que existe entre ambas. Todo o documento normativo possui um nome, e esse nome remete a um procedimento realizado. Se o nome do documento normativo for “lei complementar”, analisamos o próprio direito-objeto para sabermos qual foi o procedimento, a princípio, adotado; se o nome do documento normativo for “emenda constitucional”, devemos analisar o direito-objeto para sabermos, também, qual foi o procedimento que deveria ser seguido, e assim por diante. Ao documento normativo nós chamamos de instrumento introdutor, como dito acima. Assim, Constituição Federal é o nome do documento normativo, que nos remete à Assembleia Constituinte, e que está gravado no documento normativo que abriga os enunciados prescritivos constitucionais, que são os enunciados superiores hierarquicamente.

Dentro do esquema traçado neste trabalho, a Constituição Federal ocupa o ápice da pirâmide jurídica, devendo as normas que ocupam o sistema de direito positivo buscar nela o seu fundamento de validade. A questão do fundamento de validade da Constituição, que é a norma fundamental, foi analisado no capítulo anterior.

Como a Constituição encontra-se no ápice da pirâmide, ela irradia seus efeitos por todo o sistema de direito positivo. Assim, todas as normas integrantes desse sistema de direito positivo devem buscar o seu fundamento de validade na Constituição Federal. A respeito da supremacia constitucional, pontua MARCELO NEVES:

²²³ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57

Do ponto de vista semiótico, a supremacia da Constituição implica o seu funcionamento como metalinguagem prescritiva em relação às normas infraconstitucionais (linguagem objeto), enquanto funciona, direta ou indiretamente, como critério de validade.²²⁴

De acordo com a citação de MARCELO NEVES, a Constituição funciona como critério de validade. Vamos ajustar os símbolos “critério de validade” às nossas ideias construídas até aqui. Como dito, a validade funciona como functor poliádico, sendo que dizer que “a norma x é válida” equivale a afirmar que “a norma x pertence ao sistema de direito positivo”. Ser válida equivale a pertencer. O “critério de validade”, dessa maneira, fica ambíguo, expliquemos. Há o “critério de validade” para o sistema de direito positivo e o “critério de validade” para a Ciência do Direito. Para o sistema de direito positivo, o critério de validade é a norma ter sido posta por uma autoridade por ele credenciada. Para a Ciência do Direito, o “critério de validade” é a norma estar em consonância com a Constituição, seja pelo aspecto formal ou pelo aspecto material. Assim, a Constituição funciona como “critério de validade”, sim, mas apenas do ponto de vista da Ciência do Direito. Isso implica dizer que mesmo que uma norma posta contrarie a Constituição Federal, ela será válida até que outra norma a retire, mas nada impede que o Cientista do Direito não a considere como válida por violar a Constituição Federal. Assim, concordamos com a ideia de que a Constituição funciona como “critério de validade”, sim, mas a partir de uma ótica da Ciência do Direito.

Mas o que faz da Constituição Federal o documento normativo superior hierarquicamente? Não queremos responder a essa indagação nos moldes de uma legitimação pelo procedimento, ao estilo de LUHMANN²²⁵ ou de acordo com o agir comunicativo, de HABERMAS²²⁶. Em outras palavras, não estamos

²²⁴ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.p.63.

²²⁵ Os traços fundamentais da legitimidade pelo procedimento, de Luhmann, encontram-se na obra: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: ED. UnB, 1980.p.38.

²²⁶ De acordo com HABERMAS, o que legitima o direito é a autolegislação do povo, por isso a preponderância do Poder Legislativo sobre os demais, em grau de importância. Assim, o que faria as normas serem legítimas seria a participação dos atores sociais no processo de elaboração das mesmas. Tal ideia atravessa toda a sua obra, principalmente: “HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 1997.” No mesmo sentido assevera JOSÉ PEDRO LUCHI ao tratar da legitimidade do direito: “ (...) a positividade do Direito não é fruto de uma vontade empírica e contingente, mas de uma vontade autônoma, pela qual cidadãos livres se

aqui a questionar a legitimidade da Constituição; não queremos averiguar as pautas axiológicas da Constituição e nem os fundamentos desses valores. Queremos saber o que torna a Constituição a “norma das normas” ou, o que a alça a esse patamar de Supremacia. E essa resposta nós encontraremos por meio de uma análise do sistema de direito positivo como um todo.

KELSEN nos lembra que “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”²²⁷. O que confere a garantia de anulabilidade das normas inconstitucionais é justamente o Controle de Constitucionalidade. KELSEN se mantém fiel à sua tese, segundo a qual “uma conduta só é proibida se lhe for imputada uma sanção”. Já diferenciamos “sanção” de “nulidade”. Mas o raciocínio é o mesmo: produzir enunciados prescritivos em desconformidade com a Constituição é proibido, pois há a garantia de anulabilidade.

Todos os enunciados prescritivos que forem produzidos em desconformidade com a Constituição Federal, são suscetíveis à expulsão do sistema de direito positivo. E mais, não há nenhuma outra norma que determine algum procedimento para eliminar normas que integram a Constituição, a não ser ela mesma. É a própria Constituição que contém o procedimento específico para emendá-la, conforme o art. 60 da mesma.

Como entendemos que a relação de hierarquia se faz presente quando uma norma determina como a outra deve ser feita, temos que a Constituição é a norma superior, pois não há nenhuma outra norma que dite como ela deve ser alterada, a não ser ela mesma, e dentro de uma série de limites (art. 60, parágrafo 4º). Ela dita os limites formais e materiais. Por isso, a Constituição Federal é a norma superior: ela determina como devem ser feitos os Códigos: Civil, Processual Civil, Penal, Processual Penal, Tributário, dentre outros.

E caso a enunciação desses documentos normativos não obedeça ao previsto na Constituição, esse produto é suscetível à anulação. Assim, nossa resposta, resumidamente, é: (i) o que faz da Constituição Federal uma norma superior é

dão a si mesmos sua lei e se reconhecem nela. Aceitando-a como legítima aceitam-na como se eles a tivessem dado a si mesmos.” (LUCHI, José Pedro. **Propedêutica habermasiana ao Direito**. Revista Sofia. Vitória-ES, n.VII, p. 175-200, 2001. p. 178)

²²⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.p. 179

a garantia de que as normas que forem produzidas contrariamente a ela devam ser anuladas; (ii) a própria Constituição é que determina qual o procedimento para a sua alteração; não há outra norma que prescreva como ela deve ser alterada, e fora que a Constituição também indica o procedimento que os enunciados prescritivos infraconstitucionais devem seguir para serem produzidos.

3.2 – A inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material: análise a partir do suporte físico.

Os documentos normativos são predicáveis como (in)justos, (i)legais, (in)constitucionais, dentre outros. Iremos tratar, neste ponto, a respeito da inconstitucionalidade dos/nos documentos normativos.

A discussão acerca do tema aqui levantado nos remete, novamente, à distinção que permeia todo o texto desta dissertação, que é a distinção entre objeto e Ciência. Reafirmemos: o sujeito cognoscente não altera o objeto (a não ser que ele seja credenciado a ejetar enunciados prescritivos no ordenamento jurídico - e o faça). O falar acerca do objeto não o altera. Para falarmos com TÁREK MOUSSALLEM, os efeitos ilocucionário e perlocucionário do ato de fala do sujeito competente altera o objeto, ao passo que o efeito ilocucionário e perlocucionário do ato de fala do cientista do direito não o altera²²⁸.

Pensamos que essa distinção – Ciência e objeto - tenha ficado bem acentuada no início do trabalho. E ela é muito importante, metodologicamente falando, pois é um das vigas epistêmicas de nosso texto. Pois bem, o problema da inconstitucionalidade dos enunciados prescritivos é, também, um problema epistemológico.

²²⁸ “O ato locucionário consiste no próprio dizer. O ato ilocucionário consiste naquilo que se faz ao falar alguma coisa, ou, de acordo com AUSTIN, é “a realização de um ato ao dizer algo, em oposição à realização de um ato de dizer algo”. E, por fim, o ato perlocucionário, que é o efeito provocado no destinatário pelo fato de dizer alguma coisa, é o resultado produzido pela ação de dizer algo.” (MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2011.p. 17 – 18.)

O sujeito cognoscente pode predicar o enunciado prescritivo como constitucional ou inconstitucional; nada acontecerá com o enunciado prescritivo, nenhuma vírgula será alterada. A norma predicada como “inconstitucional” permanece válida no sistema enquanto não for desconstituída pelo órgão com competência para tal. Vamos insistir neste ponto: o ser inconstitucional é um predicado que a Ciência atribui a alguns enunciados prescritivos, mas esse enunciado prescritivo dito inconstitucional continua pertencente ao sistema de direito positivo. Diferentemente, caso em sede de ADI o STF constitua a inconstitucionalidade deste enunciado prescritivo, ele não pertence mais ao sistema de direito positivo inaugurado com este acórdão do STF. Assim, mesmo o sujeito que é autorizado pelo sistema deve retirar o enunciado prescritivo mediante procedimento específico²²⁹. O simples “afastar” a norma e não aplicá-la por entendê-la como inconstitucional não é o suficiente para expulsá-la do sistema de direito positivo.

E mais. A inconstitucionalidade é uma relação. Relação de enunciados infraconstitucionais com enunciados constitucionais. Os critérios utilizados para que seja aferida a constitucionalidade dos enunciados prescritivos estão contidos tão-somente na Constituição Federal. Descabe falar em inconstitucionalidade com relação a enunciados prescritivos que ocupem outros sistemas normativos, como os sistemas religiosos, políticos ou éticos.

A inconstitucionalidade apenas aparece quando houver esse conflito intra-sistêmico. De acordo com MARCELO NEVES:

“A inconstitucionalidade, porém, é um problema de relação intra-sistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais. Não se confunde com o problema da injustiça ou ilegitimidade social. Uma lei inconstitucional pode ser justa, no sentido de corresponder a um determinado “sistema de Direito natural” (sistema de valores jurídicos), ou por conformar-se à ideia de

²²⁹ “[...] a lei inconstitucional pertence invalidamente ao sistema jurídico enquanto órgão competente não a expulsa por inconstitucionalidade (invalidade inconstitucional), ou mediante revogação[...]”(NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97.)

direito, como também pode ter uma profunda legitimidade social, no sentido de ter o máximo de aceitação no grupo dos destinatários.”²³⁰

Classificar a norma como inconstitucional por ela estar em desacordo com normas de sistema que não for o sistema jurídico é ilógico. Assim, apenas há que se falar em inconstitucionalidade no interior do sistema de direito positivo; cogitar a inconstitucionalidade fora do sistema de direito positivo é problema extralógico, pois a inconstitucionalidade é um problema intra-sistêmico.

Assim, em suma, nossa ideia construída até aqui foi: intérprete não retira norma do sistema quando a predica como inconstitucional, somente sujeitos autorizados pelo próprio sistema de direito positivo podem realizar tal procedimento; somente há sentido em se falar de inconstitucionalidade com referência ao sistema de direito positivo. Essas são as duas primeiras conclusões deste tópico.

Agora, já no seio do assunto “inconstitucionalidade”, temos que essa é classificada em: inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material²³¹. Nosso próximo passo é fornecer o instrumental teórico para detectá-las.

Gilmar Mendes, ao tratar de inconstitucionalidade formal explicita que:

“Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de

²³⁰ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 70.

²³¹ PEDRO LENZA, se valendo das noções de estática e dinâmica assevera que: “Na medida em que o *vício formal* decorre de afronta ao *devido processo legislativo* de formação do ato normativo, isso nos dá a ideia de dinamismo, de movimento. Por sua vez, o *vício material*, por ser um vício de matéria, de conteúdo, a ideia que passa é de vício de substância, estático.”(grifos do autor)(LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 297.). No mesmo sentido escreve MARCELO NEVES: “A nomoestática refere-se ao conteúdo do ordenamento jurídico como um todo e das normas jurídicas em particular, enquanto a nomodinâmica, aos processos de produção e aplicação normativa, daí surgindo uma teoria jurídica estática e uma teoria jurídica dinâmica [...] às relações nomoestáticas vincula-se o problema da inconstitucionalidade material das leis, e às relações nomodinâmicas está ligada a questão da inconstitucionalidade formal.” (NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 72.)

competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.”²³²

Assim, a inconstitucionalidade formal é um defeito de formação do documento normativo. A sua forma de ingresso no mundo do dever-ser foi defeituosa. Esses vícios formais, segundo CANOTILHO:

“[...] incidem sobre o ato normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese inconstitucionalidade formal, viciado é o ato, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.”²³³

Dentro do método do constructivismo lógico-semântico temos que a inconstitucionalidade formal é o defeito no veículo introdutor de normas. Relembrando que o veículo introdutor é a norma jurídica concreta e geral que é construída a partir dos dêiticos lançados no documento normativo, ou seja, a partir da enunciação-enunciada. Esses dêiticos são as marcas de: pessoa, espaço, tempo e procedimento. Assim, quando houver violação no que toca ao procedimento de elaboração do documento normativo, diz-se que houve inconstitucionalidade formal.

No que diz respeito à inconstitucionalidade material, temos que essa espécie de vício não mais apresenta relação com o veículo introdutor, mas, sim, com a norma introduzida, de maneira que é o conteúdo veiculado que é viciado. Eis um vício de substância, ou substancial. A hipótese normativa e as notas para a constituição de uma relação jurídica estão em desacordo com a Constituição Federal. Não há qualquer tipo de vício no veículo introdutor; o iter procedimental foi seguido corretamente, mas a norma que o veículo introduz no ordenamento jurídico é que é defeituosa.

²³² MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1056 – 1057.

²³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.959.

A inconstitucionalidade material advém de vícios que dizem respeito ao conteúdo do ato normativo, de não concordância entre os princípios constantes do ato e os princípios constitucionais.²³⁴

LOURIVAL VILANOVA distingue ambos os vícios de inconstitucionalidade com as seguintes palavras:

“Há, na Constituição, dois tipos de processos de geração de normas. Um processo dedicado às normas constitucionais, e outro disciplinando a construção de leis ordinárias e outras normas. Se há um iter procedimental, isso importa dizer que há suportes fácticos – os atos-de-legislar – que devem revestir a forma procedimental: o processo (seja ele meramente procedimental, seja, ainda, o processual – judicial) é uma *série ordenada de atos jurídicos tipificados*. Desviantes dos tipos, são abertos à invalidação. Assim, a norma constitucional pode incorrer em invalidade por infringência procedimental [...] Dá-se, então, a inconstitucionalidade formal, por desvio da *forma-tipo*. [...] O constituinte originário pode demarcar uma zona normativa insusceptível de alteração pelo órgão em função constituinte de segundo grau. Essa fração de normas imodificáveis é a expressão da valoração ética, política e social, pressuposto axiológico do ato constituinte originário. A norma constitucional que satisfaz a tipologia procedimental e infringe o núcleo fixo de normas incorre em *inconstitucionalidade material*.”²³⁵

As normas ditas inconstitucionais, seja por desvio de forma, seja por infringência material, encontram enunciados prescritivos no sistema de direito positivo que impedem a sua incidência nos fatos, não os qualificando como fatos jurídicos. O órgão julgador pode afastar a aplicação da norma a um caso concreto por entendê-la como sendo inconstitucional. Mas, e ressalte-se este ponto: afastar a norma por entendê-la como inconstitucional não a retira do sistema de direito positivo.

²³⁴ FERRARI, Regina Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.75.

²³⁵ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.311 – 312.

3.3 - Teoria da nulidade e teoria da anulabilidade: breve comparação entre os dois modelos e a aproximação entre ambos.

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser o documento normativo, os enunciados prescritivos ou, ainda, a norma jurídica. Dizer que acórdão do STF declara a inconstitucionalidade da lei, ou do ato normativo, em controle concentrado, significa dizer que o STF anula essa lei ou ato normativo. Mas que significa dizer que a lei ou o ato normativo é nulo? A partir dessa pergunta podem-se conceber dois modelos, que são o modelo norte-americano e o modelo austríaco.

O modelo norte-americano, é bom ressaltar, afasta-se bastante de nossos referenciais teóricos (até porque partimos de KELSEN). Mas, como é o modelo predominante na doutrina e em nossa jurisprudência²³⁶, vamos tecer algumas linhas acerca do mesmo, para depois compará-lo com o modelo austríaco.

O modelo norte americano é o da teoria da nulidade das leis. Segundo esse modelo, uma lei pode nascer inconstitucional, ou seja, nenhum ato legislativo pode ser válido. Assim, haveria a figura da norma inválida. O ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito.²³⁷ Se a Constituição é a norma que está localizada no ápice da pirâmide, ela é a lei suprema, logo, admitir a aplicação de uma lei incompatível com ela seria violar sua supremacia. Assim, a inconstitucionalidade deveria ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

²³⁶ Segundo GILMAR MENDES: “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *“the unconstitutional statute is not law at all”*, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*.”(MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**.10.ed.São Paulo: Saraiva, 2015.p 1306.) LUIS ROBERTO BARROSO também entende pela prevalência doutrinária e jurisprudencial da teoria da nulidade: “[...]prevalece no Brasil, em sede doutrinária e jurisprudencial, com chancela do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada.” (BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**.7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42)

²³⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**.7.ed.São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37.

A norma concreta e geral que reconhece a inconstitucionalidade possui caráter declaratório, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente; é um vício congênito, de nascimento do ato normativo. Dessa forma, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo do dever-ser.

Essa ideia de que o ato normativo possa “nascer morto” consagra a teoria da nulidade, afastando a teoria da anulabilidade, acerca da qual será falada mais adiante. Dessa forma, o ato normativo considerado inconstitucional, em sede de controle concentrado, deve ser desprovido de qualquer força vinculativa.

Assim, não são admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional. Segundo BARROSO,²³⁸ essa tese foi admitida em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, como Estados Unidos, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. Somente na Áustria, fiel à doutrina de KELSEN, prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é somente anulável.

Eis, em linhas bem gerais, a tese da “teoria da nulidade da lei”. Agora vamos nos concentrar no modelo kelseniano. KELSEN foi o idealizador do controle de constitucionalidade na Áustria. Ele considera que o ato normativo é válido até que uma norma o invalide. Assim, a lei inconstitucional não seria nula, mas anulável. Os atos normativos não poderiam ser predicados como nulos. Até a decisão de inconstitucionalidade, esses atos normativos gerariam efeitos normalmente no sistema de direito positivo.

Segundo CAPPELLETTI, no sistema austríaco, diferentemente do sistema norte-americano da nulidade:

“[...] a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula*, cassa uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional. Não é só: mas a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder

²³⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38 - 39

discricionário de dispor que a anulação da lei opera somente a partir de uma determinada data posterior de seu pronunciamento [...]”²³⁹

Segundo o entendimento kelseniano, a lei inconstitucional não seria nula, mas somente anulável. Vale dizer: a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão somente a anulabilidade do ato. Lourival Vilanova, ao explicar a “nulidade” em Kelsen, nos explica que:

“Segundo a tese de Kelsen, não é terminologicamente exato falar de lei inconstitucional nula, de lei ordinária nula e de sentença judicial nula, equiparando o termo nulo ao inexistente. A inexistência, como o não-ser normativamente caracterizado, é insusceptível de predicação deôntica, digamos assim. Há, em rigor, anulabilidade, cujo método operatório o sistema articula.”²⁴⁰

Dessa maneira, o acórdão enunciado-enunciado que anulasse a lei teria natureza constitutiva negativa e produziria efeitos ex nunc, sem retroagir ao momento do nascimento do ato normativo.

A tese kelseniana, como poder-se-ia inferir mais acima, não teve adesão expressiva da doutrina nem dos ordenamentos positivos. Exceto pela Áustria. No Brasil, REGINA NERY defendeu a tese kelseniana com as seguintes palavras:

“A norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação de sua inconstitucionalidade. Em decorrência disso, a sentença que declara a inconstitucionalidade é do tipo constitutiva.”²⁴¹

A confrontação entre os dois modelos pode ser esquematizada da seguinte forma:

²³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999. p. 120 – 124.

²⁴⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 307.

²⁴¹ FERRARI, Regina Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.268 – 296.

Teoria da anulabilidade	Teoria da nulidade
A decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos “ex nunc” (prospectivos).	A decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos “ex tunc” (retroativos).
A lei inconstitucional é anulável.	A lei inconstitucional é nula.
A lei permanece válida produzindo seus efeitos até a sua anulação.	A inconstitucionalidade atinge a lei desde o seu nascimento.

Atualmente, fala-se na adoção de um modelo híbrido²⁴², onde há uma atenuação das principais características da teoria da nulidade para que algumas notas da teoria da anulabilidade sejam adotadas. Ou, em outras palavras, houve uma flexibilização da teoria da nulidade, que é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pois os tribunais permanecem fiéis ao dogma da nulidade da lei inconstitucional.

LUIS BARROSO²⁴³ elenca alguns casos que destacam essa flexibilização do modelo da teoria das nulidades: (i) o STF deixou de invalidar atos praticados por funcionário investido em cargo público com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional; (ii) no que diz respeito à remuneração indevida percebida por magistrados, o STF posicionou-se da seguinte forma: “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade; (iii) há consenso doutrinário que a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes, não desconstitui automaticamente a decisão baseada na lei que veio a ser invalidada e que transitou em julgado, sendo cabível ação rescisória, se ainda não tiver decorrido o prazo legal.

²⁴² Segundo GEOVANY JEVEAUX:: “A experiência prática dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade (o americano, marcado pelo caso concreto, pelo limite subjetivo da decisão e pela competência difusa, e o austríaco, marcado pela abstração, pela decisão erga omnes e pela competência concentrada) expôs os seus defeitos e a tentativa de corrigi-los, ao lado do surgimento de outros modelos alternativos, produziu aos poucos uma aproximação entre ambos, fenômeno chamado por LUCIO PEGORARO de hibridação.” (JEVEAUX, Geovany. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Gz editora, 2015. p. 295 – 297.)

²⁴³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43

Essas são atenuações ao modelo da teoria da nulidade que foram realizadas por intérpretes autênticos. Ocorre que o Poder Legislativo, pela primeira vez, flexibilizou a teoria da nulidade com o advento da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, onde foi permitido, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início da vigência da Lei. Tal mudança veio expressa no art. 27 da mencionada Lei. O referido artigo possui a seguinte redação:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Assim, podemos concluir que, para a doutrina e jurisprudência brasileira, atualmente flexibiliza-se o modelo da teoria da nulidade, com a adoção de certas notas da teoria da anulabilidade.

Ocorre que para discutir tal assunto e chegar até o ponto de discutir os modelos de teoria da nulidade ou da anulabilidade, deve-se “dar um passo atrás”. E isso porque discutir nulidade ou anulabilidade envolve questões centrais de Teoria Geral do Direito. Assim, sem que se faça um pacto semântico a respeito de validade, eficácia e vigência, torna-se uma tarefa difícil o entendimento entre os intérpretes, já que o tema é profundo e inerente a um ramo do direito-objeto e direito-ciência.

Portanto, para nós é absolutamente incompatível concordar com a teoria da nulidade, e isso por algumas razões que deixaremos explícitas:

- (i) validade da norma equivale à sua existência, de acordo com o nosso entendimento, logo, não pensamos que uma norma possa ser nula, pois ela integra o direito-objeto e de lá não foi retirada, até então;
- (ii) intérprete não retira norma do sistema e intérprete não torna norma inconstitucional; é condição necessária que outra norma retire-a expressamente do sistema. Nem toda a ciência do mundo retira uma norma do sistema de direito positivo;

(iii) as normas não geram efeito “para trás”, ou efeitos *ex tunc*. Seus efeitos são sempre para frente. As normas suscetíveis de serem anuladas serão posteriormente anuladas. A anulação não ocorre automaticamente.

3.4 - O controle de constitucionalidade: notas distintivas entre as normas de inconstitucionalidade criadas em sede de controle difuso e em sede de controle concentrado (especificamente de ADI)

Como em nosso trabalho o foco será direcionado única e exclusivamente sobre o controle concentrado de constitucionalidade, cumpre realizar a exposição das principais notas que diferenciam o controle concentrado do chamado controle difuso.

O controle difuso permite a qualquer juiz ou tribunal apreciar a (in)constitucionalidade de enunciados prescritivos (leis ou atos normativos). E esse controle é feito pela via da exceção (defesa oposta pelo réu), ou defesa processual. Pela via da exceção ou de defesa, quaisquer das partes, no curso de um processo, pode suscitar o problema da inconstitucionalidade, como questão prejudicial, cabendo ao juiz ou tribunal decidi-la, pois só assim a questão principal será resolvida.²⁴⁴ Até o juiz, de ofício, e no caso concreto, pode suscitar a prejudicial, afastando a aplicabilidade da norma inconstitucional.

Essa modalidade de declaração de inconstitucionalidade de leis foi adotada pelo nosso ordenamento positivo a partir do ano de 1891, sob a influência da tradição norte-americana e a partir do famoso precedente *Madison versus Marbury* (1803)²⁴⁵.

Como dito, o controle difuso é exercido perante um caso concreto, onde a questão da inconstitucionalidade é levantada como questão prejudicial à

²⁴⁴ BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p 128

²⁴⁵ Para maiores informações a respeito do histórico caso recomendamos a leitura em JEVEAUX, Geovany. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Gz editora, 2015.p. 219 – 222.

questão principal. Nessa modalidade a autoridade competente pode, *incidenter tantum* declarar a inconstitucionalidade do enunciado prescritivo.

O objeto principal da ação, porém, não é a declaração de inconstitucionalidade, mas o litígio instaurado entre autor e réu, em virtude do cumprimento da norma eivada daquele vício.²⁴⁶ Assim, a via da exceção se dá quando, no curso de uma relação jurídica processual, uma das partes pretende aplicar uma “lei” e a outra parte defende-se dessa pretensão alegando a inconstitucionalidade dessa lei. É diante dessas circunstâncias que o juiz ou tribunal realiza o controle difuso.

No caso do controle difuso a autoridade competente afasta a aplicação da norma declarada inconstitucional. Não é o caso de cessar-lhe a eficácia técnica, o que acontece apenas, no seio do controle difuso, por intermédio da aplicação do art. 52, X da Constituição Federal. A autoridade competente declara a inconstitucionalidade daquele ou daqueles enunciados prescritivos e os efeitos atingem apenas as partes, ou seja, a decisão judicial que veicula a norma individual e concreta diz respeito tão-somente às partes envolvidas na demanda.

Agora, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade desses enunciados prescritivos, em sede de controle difuso, a Constituição prevê a obrigatoriedade do STF informar ao Senado Federal a respeito de sua decisão. Compete ao Senado suspender a eficácia, no todo ou em parte, das leis declaradas inconstitucionais pela via da exceção. Como assevera PAULO DE BARROS CARVALHO:

“A resolução do Senado, portanto, expedida nos moldes do artigo 52, X, da Carta de 1988, tomando como fundamento de validade norma individual e concreta proferida pela Suprema Corte, introduz no ordenamento de direito positivo nova regra, mas de caráter geral e abstrato, recortando a eficácia técnico-sintática da norma reputada inválida pelo Supremo Tribunal Federal no modelo do controle

²⁴⁶ PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição Constitucional Tributária**: reflexos nos processos administrativo e judicial. São Paulo: Noeses, 2012. p.161.

concreto, e impedindo, desse modo, sua incidência sobre qualquer caso futuro.”²⁴⁷

Questão que era bastante debatida, mas que já se tornou pacífica é a respeito da obrigatoriedade do Senado Federal suspender a eficácia dos enunciados prescritivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Em julgamento da Reclamação Constitucional n.4335/AC ficou estabelecido que o Senado Federal possui a faculdade de suspender ou não a eficácia dos mencionados enunciados prescritivos.²⁴⁸ Neste mesmo sentido, se posiciona OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (apud Pimenta, 2010, p.104):

“a suspensão da execução da lei ou decreto pelo Senado Federal corresponde ao exercício de poder que lhe incumbe, de caráter discricionário. A ele cabe examinar a conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico.”²⁴⁹

Dessa maneira, a eficácia técnica da lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, apenas será afetada com a Resolução expedida pelo Senado. Apenas com o instrumento introdutor “resolução” é que a mencionada decisão do STF passa a ter efeitos erga omnes.

Nessa esteira cumpre perguntar: o papel do Senado é o de “autenticar”, “homologar”, “chancelar” a decisão do Supremo Tribunal Federal? Há diferença entre as normas criadas pelo STF e pelo Senado?

Pensamos que há grande diferença entre as normas expedidas pelo STF e pelo Senado, neste caso. E essa grande distinção reside no grau de generalidade e concretude de suas hipóteses e consequências normativas.

²⁴⁷CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. v.1.p.126.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Progressão de regime. Crimes hediondos. RC 4335/AC. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22/10/2014. Disponível em:<www.stf.jus.br> Acesso em 06.05.2016. Neste sentido também se posiciona Paulo Roberto Lyrio Pimenta: “Entende-se que o Senado tem discricionariedade na expedição do mencionado ato, inexistindo, portanto, obrigação de praticá-lo.”(PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.p.104.)

²⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das Constituições Rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.p.207. In: PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.p.104.

Temos que a norma emitida pelo STF é individual e concreta. Individual porque obriga apenas as partes litigantes; concreta na medida em que o antecedente reporta-se a um fato realizado no passado. Já a norma expedida pelo Senado, com fundamento de validade no art. 52, X da CF, é geral e abstrata. É geral porque vincula todos os sujeitos de direito submetidos à legislação brasileira; e é abstrata porque seu suposto normativo apenas cria notas conotativas, apenas descreve fatos de possível ocorrência.

E mais, a norma expedida pelo Senado tem seu fundamento de validade na norma individual e concreta veiculada pelo STF. Assim, há três grandes diferenças entre as normas criadas pelo STF e pelo Senado: (i) generalidade e individualidade: enquanto a norma expedida pelo STF é direcionada a sujeitos individuais, a do Senado é erga omnes; (ii) concreta e abstrata: enquanto a norma do STF se reporta ao fato pretérito (não ter produzido a norma de acordo com forma e/ou conteúdo previstos na Constituição), a norma do Senado veicula notas de possível acontecimento (se realizar conduta sob a égide da norma suspensa, deve ser a sua não aplicação a todos os sujeitos de direito); (iii) e por fim, há uma diferença de níveis hierárquicos, pois a norma do Senado busca o seu fundamento de validade da norma do Supremo Tribunal Federal.

E mais, o Senado pode suspender a execução da lei no todo ou em parte, ou seja, não está adstrito a todos os termos da decisão do STF. Como bem explica PAULO DE BARROS CARVALHO:

“[...] o Senado pode suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional pela Corte Máxima de Justiça, ou seja, a Casa Senatorial não precisa concordar com todos os termos da decisão do STF, podendo ficar aquém, se assim compreender, por motivos de conveniência e oportunidade, e tal decisão não poderá ser desconstituída pelo Poder Judiciário.”²⁵⁰

Assim, essas são as diferenças entre a norma expedida pelo STF em controle difuso e a norma criada pelo Senado Federal com fulcro no art. 52, X da Constituição Federal.

²⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. v.1.p. 130

Traçadas as linhas principais a respeito do controle difuso, passamos agora a analisar o controle concentrado.

No que tange ao controle concentrado, temos que ele foi inaugurado no Brasil pela Emenda Constitucional n.16, de 06 de dezembro de 1965. No Brasil, o controle concentrado é realizado via ação e não via de defesa, como ocorre no controle difuso. Por essa via de ação, provoca-se o Supremo Tribunal Federal para que este, que é o órgão que é o “guarda da Constituição”, pronuncie-se a respeito da (in)constitucionalidade daqueles enunciados prescritivos.

O STF é o órgão que, em controle concentrado de constitucionalidade, possui o condão de anular a norma jurídica. Não se trata de suspender a eficácia, como ocorre em controle difuso.

Dizer que o STF possui a competência para anular a norma posta anteriormente significa dizer que nesses casos a Corte opera como um legislador negativo. Atuar como legislador negativo significa retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo inconstitucional.²⁵¹ E a atuação como legislador positivo significa ampliar a conotação da hipótese normativa; é a criação de regulamentação de condutas para além do que já estava prevista na norma geral e abstrata.²⁵²

Ocorre que em alguns casos o STF já atuou como legislador positivo, ou seja, acrescentando novos critérios de uso (conotação) ao antecedente normativo abstrato. Basta analisar a jurisprudência do STF para que seja constatado que o mesmo atua, em algumas ocasiões, como legislador positivo²⁵³. A essa

²⁵¹ BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁵² “Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saldos de prejuízos fiscais do IRPJ e das bases negativas da CSLL. RE 807062/PR. SULBRAVE ONIBUS E PECAS LTDA HENRIQUE GAEDE E OUTRO(A/S) e UNIÃO. Rel: Min. Dias Toffoli. Brasília, 09/10/2014. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em 29.04.2016.). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AMPLIAÇÃO DE ISENÇÕES POR EQUIPARAÇÃO. AI 831965/RJ. ETERNITY FUND LTD E OUTRO(A/S) EUNYCE PORCHAT SECCO FAVERET E OUTRO(A/S) e UNIÃO. Rel: Min. Rosa Weber. Brasília, 28/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/04/2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A noção de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade. ADI 595/ES. Governador do Estado do Espírito Santo e Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Rel: Min. Celso de Mello. Brasília, 26/02/2002. Disponível em:< www.stf.jus.br.> Acesso em 29.04.2016

²⁵³ O STF assim procedeu ao julgar as ações a seguir mencionadas, sinalizando para novos horizontes no que toca ao perfil aditivo de seus acórdãos. Podemos citar as ADIs 1.105-DF e 1.127-DF, julgadas em conjunto, onde o STF ao interpretar dispositivos do Estatuto de

decisão que acrescenta conteúdo normativo foi dado o nome de “decisão manipulativa de efeitos aditivos”. Segundo GUASTINI (apud Meirelles, Wald, Mendes, 2012, p.564):

“A doutrina italiana considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas à sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição.”²⁵⁴

Um caso paradigmático, em que o STF atua como legislador positivo, deu-se no julgamento da ADPF 54²⁵⁵, onde a Suprema Corte acrescentou mais uma excludente de punibilidade, no caso do feto padecer de anencefalia, no caso do crime de aborto.

Assim, é difícil traçar uma constante (se é que ela existe) a respeito do comportamento do STF – se atua como legislador negativo ou positivo -, ou se deveria ou não julgar de determinada maneira. O ingresso nessas questões foge ao objeto da dissertação.

Advocacia (Lei n. 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. art. 7º, IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. ADI 1105 / DF. Procurador Geral da República e Presidente da República. Rel: Min. Ricardo Lewandowski, 17/05/2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29.04.2016.) No RE 405.579 o rel. Min. Joaquim Barbosa propôs a extensão do benefício tributário, o que não prosperou (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do parágrafo 1º do art. 5º da Lei 10.182/01. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imposto de Importação. Pneus. Benefício fiscal. Redução de 40% do valor devido nas operações realizadas por montadoras. RE 405579 / PR. União e GINAP - Grande Importadora Nacional de Pneus LTDA. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03/08/2011. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 29.04.2016.). No MI 670, MI 708 e MI 712, nos quais foi determinado que se aplicasse da Lei n. 7.783/1989 (que rege o direito de greve na iniciativa privada) ao direito de exercício de greve inerente aos servidores públicos. Caso claro em que se cria notas na hipótese “se houver greve no serviço público, então deve ser direitos e deveres insculpidos na Lei n. 7.783/1989.(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). MI 670 – ES. Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL e Congresso Nacional. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25.07.2007. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 28.04.2016.

²⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. **Lezioni di Teoria Costituzionale**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.p.222. In: MEIRELLES, Hely; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.564.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez. ADPF 54/DF. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS – e Presidente da República. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 12.04.2012. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 30.04.2016.

A questão a ser tratada, daqui para frente, é a que diz respeito aos efeitos da norma de anulabilidade sobre a norma anulada em controle concentrado de constitucionalidade, especificamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Se no controle difuso, no caso visto acima, o que é atacado é a eficácia técnica, em sede de controle concentrado, caso seja declarada a inconstitucionalidade, o que se ataca é o vínculo da norma jurídica com o sistema de direito positivo, ou seja, ataca-se a validade da norma jurídica, como assevera PAULO DE BARROS CARVALHO.

“No controle abstrato, se o Supremo declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ela será expulsa do ordenamento jurídico positivo e, como consequência, não poderá mais ser aplicada em qualquer caso concreto. Em outro dizer, a decisão proferida no controle abstrato, veiculando regra geral e abstrata, opera efeitos erga omnes, ou seja, atinge todas as pessoas e situações previstas na hipótese ou no consequente da norma reputada inconstitucional, e vinculante, obrigando todos os membros do Poder Judiciário e da Administração Pública.”²⁵⁶

Nos casos em que o STF anula a norma em sede de controle concentrado, ele está cortando a validade que a norma possui com o sistema de direito positivo. Por que pensamos, juntamente com o Professor PAULO DE BARROS CARVALHO, que a norma “declarada” inconstitucional em sede de controle concentrado perde a sua validade? Nessa modalidade de controle de constitucionalidade o que se questiona é a própria validade da norma ante o sistema de direito positivo. Quem propõe a ação quer saber se aquele(s) enunciado(s) prescritivo(s) devem continuar pertencendo ao sistema de direito positivo. Caso seja julgada procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade não teria nenhum sentido afirmar que esses enunciados prescritivos, que foram objeto da mencionada ação, continuem pertencendo ao sistema de direito positivo. O STF não faz Ciência; ele aplica as normas. Nesse caso, o que se

²⁵⁶ “CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. v.1.p 125.” No mesmo sentido assevera Geovany Jevaux: “Quanto ao controle concentrado, disse o STF que a simples decisão da Corte é suficiente para a perda de validade e eficácia da lei ou ato normativo questionado.” (JEVEAUX, Geovany. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015, p.256.)

questiona é a compatibilidade da norma objeto da ADI com a Constituição Federal. Repita-se: caso seja julgada procedente a ADI, o vínculo de pertinência “norma-sistema” resta por rompido; ou em outras palavras, a norma perde a sua validade.

No mesmo sentido se posiciona CARLOS PELÁ²⁵⁷: “No controle concentrado de constitucionalidade, a decisão do Supremo Tribunal Federal tem o condão de, por si só, produzir a expulsão da norma inconstitucional do sistema.” e GABRIEL IVO: “[...]a decisão do Supremo Tribunal Federal expulsa do ordenamento não só enunciados prescritivos, como também pode ter como objeto apenas normas jurídicas, deixando intactos os enunciados prescritivos”²⁵⁸, como pensamos ter demonstrado.

3.5 - O Supremo Tribunal Federal e as técnicas de declaração de inconstitucionalidade: mais uma vez a diferença entre suporte físico e norma jurídica.

Atualmente, as técnicas de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado reconhecidas pela dogmática constitucional são: (i) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; (ii) declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; (iii) interpretação conforme a Constituição.

Em (i) o suporte físico é alterado. Há uma supressão sintática. A norma de anulabilidade criada pelo STF quebra o vínculo que esses enunciados prescritivos tinham com o sistema de direito positivo. Neste caso, os enunciados prescritivos não mais pertencem ao sistema de direito positivo. Como dito acima, há a perda da validade.

O acórdão do STF atinge diretamente o enunciado prescritivo, ou seja, o plano S₁, que é o plano da literalidade textual. Via de consequência, todas as

²⁵⁷ PELÁ, Carlos. O Ordenamento e as Normas Inconstitucionais. In_____. **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 19--p.108.

²⁵⁸ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2005.p.166.

significações construídas a partir do suporte físico, mesmo que integrem a estrutura implicacional, não mais serão normas jurídicas, mas, sim, meras significações.

Já em (ii), é o plano da significação que será afetado, restando por intacto o suporte físico. É o caso em que, dentre as várias normas jurídicas criadas a partir daquele documento normativo objeto da ADI, apenas uma não guarda compatibilidade com a Constituição. É a hipótese em que a norma jurídica que não for compatível com a Constituição será declarada inconstitucional.

Por último, em (iii) o plano da significação também é o afetado. O suporte físico manter-se-á intacto, sendo o plano de S_3 o que sofre os efeitos do acórdão do STF. Nessa hipótese o STF não afasta as normas jurídicas, mas confere uma interpretação “adequada” ao suporte físico. Essa interpretação seria a que estaria em consonância com a Constituição Federal.

Apesar das semelhanças entre (ii) e (iii), em rigor, somente na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é que há declaração de inconstitucionalidade mesmo, pois na interpretação conforme a Constituição não há declaração de inconstitucionalidade das outras normas jurídicas que podem ser construídas a partir daquele suporte físico. O que ocorre é a declaração de constitucionalidade daquela norma jurídica que pode ser construída a partir do suporte físico objeto do controle concentrado.

Mas, nesse último caso, há um pequeno problema que não passou despercebido. Quando o STF prevê que aquela é a interpretação conforme a Constituição, ele o faz a partir de um acórdão. O acórdão é um instrumento introdutor de normas que se manifesta em um suporte físico. Então, quando se lê: “o enunciado prescritivo X deve ser entendido da maneira Y, pois essa é a interpretação que se compatibiliza com a Constituição Federal”, necessariamente, tal prescrição estará objetivada em um documento normativo, por meio de enunciados prescritivos. Ou seja, não há como objetivar uma norma jurídica, o que se objetiva são suportes físicos. Essa observação é importante porque, mesmo quando o STF confere ao suporte físico uma interpretação que é a correta, deste acórdão do STF o intérprete pode construir mais de uma norma jurídica, pois a interpretação é inesgotável.

Já na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, onde a norma jurídica é declarada inconstitucional, pode surgir a questão: mas e se de outro suporte físico essa norma jurídica declarada inconstitucional for construída? Ela é válida? Pensamos que não. Uma vez declarada inconstitucional, a norma jurídica em sede de ADI, ela não mais seria uma norma jurídica, mas mera significação. Nesse sentido, expõe ROBSON MAIA LINS:

“Entendemos que o julgamento do STF, declarando constitucional ou inconstitucional uma determinada norma, veda que a mesma norma seja constituída a partir de qualquer outro texto normativo, mesmo que não indicado nas petições iniciais da ADI e ADC, nem na respectiva decisão, mas, desde que postos no sistema até o respectivo julgamento da ação de controle de constitucionalidade. Da mesma forma, se declarada constitucional determinada norma construída a partir de determinado texto, não será dado ao Judiciário e ao Executivo deixarem de aplicar a norma a pretexto de construir outra, a partir de outros enunciados prescritivos, que discipline a conduta em sentido contrário à examinada pelo STF.”²⁵⁹

No próximo capítulo iremos “afunilar” mais a nossa análise e alçar ao nosso plano de investigação analítica apenas a norma de anulabilidade criada em sede de ADI e os seus efeitos (se é que existem) gerados sobre as normas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada.

²⁵⁹ LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.150.

CAPÍTULO IV – A norma de anulabilidade criada pelo STF em sede de ADI: sua estrutura lógica e os seus efeitos sobre normas jurídicas que criadas com base na norma anulada.

Neste capítulo objetivamos aplicar as categorias semióticas e lógicas à Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em última análise, queremos responder à indagação: quais são os efeitos que a norma de anulabilidade projeta sobre as normas criadas com fundamento de validade naquela norma anulada? Para tanto, estudaremos os efeitos gerais criados pela Norma de anulabilidade criada pelo STF partindo da estrutura lógica da norma jurídica.

Nossa atenção, nessa dissertação, está voltada à norma criada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, portanto não iremos trabalhar as outras Ações inerentes ao controle concentrado de Constitucionalidade,²⁶⁰ bem como não iremos operar com a problemática das cautelares em sede de ADI. Controle esse que, ressalte-se, é feito pelo Supremo Tribunal Federal originariamente, ou seja, postula-se perante o STF justamente a invalidação de enunciados prescritivos ou normas. Tal pleito é requerido em virtude de ilícito monogenético.

4.1 - O conceito de ADI e as características das normas jurídicas que podem ser controladas em sede de controle concentrado.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade possui previsão Constitucional no art. 102, “a” e na Lei n. 9.868/99. O texto originário da Constituição de 1988 inaugurou essa terminologia específica para identificar esse mecanismo de controle judicial apto para promover, de modo geral, a submissão direta de atos

²⁶⁰ As outras Ações que fazem parte do chamado controle concentrado são: (i) Ação Declaratória de Constitucionalidade, com fundamento Constitucional no art. 102, I, “a” e regulada pela Lei n. 9.868/99; (ii) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com fundamento Constitucional no art. 102, parágrafo 1º e regulamentada pela Lei n. 9.882/99; (iii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com fundamento Constitucional no art. 103, parágrafo 2º e regulamentada pela Lei n. 12.063/2009; (iv) ADI Interventiva, com fundamento Constitucional no art. 36, III, c/c art. 34, VII e regulamentada pela Lei n. 12.562/2011.

normativos federais e estaduais posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.²⁶¹

Pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, visa o legitimado a anulação de certos enunciados prescritivos ou normas jurídicas, por estarem em desconformidade com a Constituição. Tal medida visa assegurar a coesão do sistema de direito positivo. Em alguns casos, como será demonstrado, retira-se a validade da norma anulada e em alguns casos cria-se um limite em seu critério temporal, atingindo-lhe a vigência.

Tal finalidade da ADI não está em dissonância com o que elencamos como finalidade do direito-positivo: regular condutas humanas. O referencial semântico de normas de conduta e de normas de estruturas é o mesmo: a conduta humana descrita na hipótese normativa. Ocorre que o ato de produzir enunciados prescritivos é predicado, também, como lícito ou ilícito. Assim, a ADI visa justamente regular a conduta humana, mas a conduta humana que produziu enunciados prescritivos. Regula-se a enunciação, mais especificamente os limites do ato de enunciação. Caso extrapole os limites formais e/ou materiais, deve ser a anulação de seu produto.

Pois bem, mas o que o STF anula por meio da ADI? Qual o objeto da anulação? O material normativo pode ser distinguido entre documento normativo, enunciados prescritivos (enunciação-enunciada e enunciado-enunciado) e normas jurídicas. Como mostramos acima, tais elementos foram distinguidos apenas conceitualmente; não se encontram isolados uns dos outros.

Os enunciados prescritivos apenas se manifestam no documento normativo. O documento normativo é a base física, é o suporte físico em que se manifestam os enunciados prescritivos. Relembremos que, para que surja o documento normativo, a atividade de criar enunciados prescritivos (enunciação) deve ter desaparecido. A enunciação é a instância pressuposta ao documento normativo. E o conjunto de enunciados que integram esse documento

²⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 385 – 386.

normativo são classificados em enunciação-enunciada e em enunciado-enunciado.

Assim, criado o produto, temos acesso à enunciação-enunciada e ao enunciado-enunciado. Mas, isso só se dá com o documento normativo posto. Sem documento normativo não se fala em controle, logo, deve haver a sua publicação. E é só com a publicação que o documento existe (ou melhor: vale). Se não se fala em publicação, apenas há a existência material e essa, tão-somente, não interessa ao direito, pois ela não integra o direito-positivo.

Como dissemos, o controle de constitucionalidade visa averiguar se o produto normativo foi produzido corretamente (isto é, com observância aos limites formais e/ou materiais). Ocorre que o acesso à atividade de criação, em si mesma, é impossível. Tem-se acesso ao produto já feito, acabado. A Constituição Federal exige, em sede de ADI, que o produto esteja terminado para que seja possível averiguar a (i) licitude em sua produção, como se constata da leitura do art. 102, I, da Constituição Federal²⁶²:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

Sem o produto normativo não é possível analisar se ele foi produzido de acordo com as normas de produção jurídica. E essa escolha decorre do fato que o produto é o único dado objetivo.

O produto (documento normativo) é o objeto imediato, mas fora dele há parâmetros que determinam sua produção. Só temos acesso aos indícios da enunciação por meio de análise dos dêiticos. Esses dêiticos apenas mostram indícios do processo de produção normativa. O produto normativo deve estar de acordo com as normas de competência (as quais determinam os limites

²⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

formais e materiais daquele agente produtor de normas) ou normas de produção jurídica. Neste ponto, vamos operar com três tipos de normas de produção jurídica: a de competência, a de produção e a de conteúdo. Aqui, trabalhamos a norma de produção jurídica-competência como aquela que determina o sujeito competente a ejetar enunciados prescritivos no sistema de direito positivo.

Como exposto anteriormente, da significação atribuída à enunciação-enunciada, constrói-se a norma jurídica denominada “veículo introdutor”. É uma norma concreta e geral. Concreta pois em seu antecedente há a descrição da ocorrência de um fato jurídico (que é o fato de criação normativa) e geral porque vincula os destinatários, obrigando-os a respeitarem aquelas disposições. Na enunciação-enunciada encontraremos (i) sujeito produtor do documento, (ii) local onde foi produzido o documento; (iii) o momento da publicação do documento e (iv) o nome do documento (lei, decreto, sentença, portaria etc), que nos remete ao procedimento. A lei, por exemplo, não é lei devido ao conteúdo veiculado, mas, sim, por conta de sua enunciação-enunciada, que registra as marcas da sua enunciação.

A outra norma construída a partir do documento normativo é a norma introduzida, que é a matéria que o veículo introdutor ejeta no sistema de direito positivo, mas esta pode ser geral ou individual.

Ao se analisar a enunciação-enunciada (ou o veículo introdutor), o controle de constitucionalidade visa averiguar se essa norma está conforme a Constituição Federal. Não estando, diz-se que houve uma inconstitucionalidade formal. Assim, o fato ilícito no veículo introdutor é suficiente para que fique caracterizada a inconstitucionalidade formal.

Já ao se analisar o conteúdo que aquele veículo introdutor traz, ou seja, seus enunciados-enunciados (ou a norma introduzida), há o controle material de constitucionalidade. E o fato ilícito constante da norma introduzida é o suficiente para caracterizar a inconstitucionalidade material.

Há, ainda, a possibilidade de se controlar as normas jurídicas, ou seja, as significações construídas a partir do documento normativo e que saturam a

forma implicacional “se... então...”. O controle, por se tratar de normas, ocorre no plano da significação, embora seja imprescindível o documento normativo.

Nas decisões que têm como objeto as normas jurídicas, os enunciados prescritivos ficam preservados. Ou seja, se a norma (significação) for declarada nula, o novo sistema de direito positivo inaugurado a partir do acórdão enunciado-enunciado do STF, continuará contendo os mesmos enunciados prescritivos inerentes àquele documento normativo que serviu de suporte para que fossem construídas a(s) norma(s) anulada(s). Conforme anota GABRIEL IVO:

“A decisão, quando tem por objeto normas jurídicas, (i) indica a única norma que pode ser obtida por meio daquela disposição, compatível com as normas constitucionais, restando incompatíveis todas as demais normas jurídicas. Ou então, (ii) prescreve a norma jurídica que é incompatível com as normas contidas na Constituição, entendendo, em princípio, constitucionais as demais. Assim, quando estamos diante de sentenças interpretativas, o objeto de controle são normas jurídicas. O enunciado prescritivo, base da construção das normas jurídicas, não é invalidado pela decisão do Supremo Tribunal Federal. A disposição permanece pertencendo ao sistema, porquanto é julgada conforme a Constituição”²⁶³

Assim, documento normativo, enunciados prescritivos e normas jurídicas são objetos do controle de constitucionalidade. Estes são o objeto de controle de constitucionalidade, mas em termos de semiótica. Ocorre que estes objetos são limitados pelo art. 102, I, “a” da Constituição Federal.²⁶⁴ Agora iremos analisar quais são os atributos que a norma deve apresentar para que seja objeto em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ao analisarmos o art. 102, I, “a”, podemos ver que as expressões constantes do texto legal apresentam uma indeterminação no que tange ao seu referencial

²⁶³ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 162

²⁶⁴ O mencionado artigo vem com a seguinte redação Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; Redação que consta em: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

semântico. O símbolo “ato normativo” é vago e ambíguo, logo, paira sobre ele a dificuldade de se atribuir um sentido. Como dito acima, o veículo introdutor é norma construída a partir dos dêiticos lançados no produto, e um desses dêiticos é o nome do documento normativo, que remete ao procedimento. Mas a conotação de “ato normativo” é ampla, sendo que pode ser denotado como “lei”, “decreto”, “resoluções”, “súmulas”, dentre outras. Assim, a nossa crítica à expressão “ato normativo” constante do art. 102, I, “a” da Constituição é a imprecisão que tal expressão possui, o que dificulta de maneira acentuada o trabalho do aplicador e do intérprete.

Assim, pensamos, juntamente com Robson Maia Lins²⁶⁵, que o veículo introdutor passa a ser um critério não tão importante para averiguar se aquele material normativo é ou não suscetível de ser analisado pelo STF em sede de ADI. A razão, repetimos, é a abertura semântica ampla que possui o termo “ato normativo”. Como dito, a “lei” é um dos nomes atribuíveis ao documento normativo, apenas. O “ato normativo” é conotação, enquanto a lei é denotação. Nas palavras do citado autor:

“[...] a expressão “ato normativo” despreza a importância do veículo introdutor como critério distintivo do tipo de norma passível de controle concentrado. Afinal, a expressão “atos normativos” apresenta conteúdo semântico sobremaneira amplo, sendo a lei apenas uma das formas de introdução de atos normativos no sistema.”²⁶⁶

Assim, pela leitura do texto legal, todo ato normativo federal ou estadual está suscetível a ser impugnado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade. Apesar de todos os problemas linguísticos, pensamos que o rol dos instrumentos introdutórios contemplados pelo art. 59 da Constituição Federal²⁶⁷ estão

²⁶⁵LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 64.

²⁶⁶ LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 64.

²⁶⁷ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;
II - leis complementares;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - medidas provisórias;
VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.”

suscetíveis ao controle de constitucionalidade, por se encaixarem na palavra de classe “lei”. O mesmo é o pensamento de UADI LAMMÊGO: “O controle concentrado das espécies normativas do art. 59 da Carta Magna é plenamente possível.”²⁶⁸. Mas é oportuna a lição de DAVID ARAUJO e SERRANO NUNES (apud Lenza, 2015, p.347), onde os mesmos afirmam que:

“Nem toda resolução ou decreto legislativo podem ser objeto de controle concentrado, já que podem não constituir atos normativos. Por exemplo, a resolução que autoriza o processo contra o Presidente da República, prevista no inciso I do art. 51 da Constituição, não está revestida de abstração e generalidade, o que impede o seu controle. Da mesma forma, a autorização para que o Presidente da República se ausente do País por mais de quinze dias, prevista no art. 49, III, não tem qualquer generalidade e abstração, constituindo, portanto, ato concreto e impossível de ser controlado pelo controle concentrado.”²⁶⁹

No que tange aos “atos normativos”, como nos referimos acima, há grande imprecisão quanto à sua denotação, devido à sua pouca amplitude conotativa. Devido à imprecisão do texto da Constituição Federal, buscamos na jurisprudência (que também é objeto de estudos do cientista do direito) o que poderia ser entendido por “ato normativo”. Podem ser objeto de controle de constitucionalidade os seguintes instrumentos introdutórios (além dos apontados acima): deliberações administrativas dos órgãos judiciários²⁷⁰; decreto que seja autônomo²⁷¹; tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do

Redação que consta em: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

²⁶⁸ LAMMÊGO, Uadi Bulos. **Curso de Direito Constitucional**.4.ed.São Paulo: Saraiva, 2009.p.175.

²⁶⁹ ARAUJO, Luiz; NUNES, Vidal. **Curso de direito constitucional**.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.42. In: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**.19.ed.São Paulo:Saraiva, 2015.p.347.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. É cabível o controle concentrado de resoluções de tribunais que deferem reajuste de vencimentos. ADI 2.104 / DF. Procurador Geral da República e Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Rel. Eros Grau. Brasília, 21.11.2007. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 13.05.2016.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. ADI 3.664 / RJ. Governador do Estado do Paraná e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 01/06/2011. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 13.05.2016.

Congresso Nacional e em 2 turnos de votação²⁷²; leis orçamentárias²⁷³; Resoluções do CNJ e CNMP, quando dotadas de generalidade e abstração ²⁷⁴; ato administrativo normativo genérico²⁷⁵.

4.2 - O problema da “recepção” das normas pela Constituição: as normas “recepcionadas” já deixaram de pertencer ao sistema de direito positivo inaugurado com a Constituição Federal?

Neste tópico, iremos abordar o problema da recepção ou não recepção das normas pela Constituição Federal e se esses fenômenos se sustentam, ou não, de acordo com o arcabouço teórico aqui construído. A relevância deste tópico reside na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade no que tange ao seu objeto.

²⁷² Com o advento da Emenda Constitucional n.45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, foram equiparados às Emendas Constitucionais.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. ADI 4.048/DF. Partido da Social Democracia Brasileira e Presidente da República. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14.05.2008. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 12.05.2016.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ato normativo que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário e dá outras providências". ADC 12/DF Associação dos Magistrados Brasileiros e Conselho Nacional de Justiça. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 20.08.2008. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 12.05.2016.

²⁷⁵ Esse caso, em particular, merece uma explicação prévia, para não transparecer que estamos sustentando que qualquer ato administrativo normativo e genérico possa ser objeto de controle concentrado. Nesse caso, em específico, diversos servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte conseguiram determinada gratificação por trabalho científico, técnico ou administrativo, que exigisse conhecimento especializado. Partindo desse fato, dois servidores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte realizaram pedido administrativo perante do TJ/RN objetivando o recebimento da mesma gratificação, uma vez que estavam em posições idênticas àqueles que receberam as gratificações anteriores. Inicialmente, o pedido foi indeferido. Foi interposto Agravo Regimental no Processo Administrativo que requeria a gratificação (n.102.1382003). No Agravo Regimental o TJ/RN deu provimento para conferir aos agravantes a gratificação, mas também estendeu essa gratificação a outros servidores que se encontravam em níveis correspondentes àqueles que obtiveram a vantagem citada inicialmente. O STF entendeu que essa decisão administrativa do TJ/RN é passível de controle concentrado de constitucionalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A extensão da decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte aos servidores em condições idênticas aos agravantes torna-a ato indeterminado. Ato administrativo normativo genérico. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.202/RN. Procurador Geral da República e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 05.02.2014. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 12.05.2016.)

É unânime, e tal posição foi construída a partir da **ADI n. 02**²⁷⁶, que atos normativos anteriores à promulgação da Constituição Federal são insuscetíveis de serem objeto de controle concentrado de constitucionalidade. O que se verifica é se esse ato foi ou não recepcionado pela nova Carta Magna. Quando for compatível, terá sido recepcionado; quando incompatível, será revogado pela nova ordem. E serão revogados por ausência de recepção, ou seja, a nova Constituição não os recepcionou; esses enunciados prescritivos estariam em desconformidade com a Constituição Federal. Dessa maneira, apenas os enunciados prescritivos criados após a Constituição Federal poderão ser objeto de controle concentrado de Constitucionalidade.

Dessa maneira, apenas os atos normativos criados após a Constituição Federal é que poderão ser questionados perante o STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Esse limite negativo expande-se. Por meio da **ADI 815**²⁷⁷ ficou estabelecido que as normas constitucionais originárias (aquelas criadas pelo “legislador” ordinário), ou aqueles enunciados constantes da Constituição Federal promulgada, sem alterações posteriores, serão insuscetíveis ao controle de constitucionalidade. Em voto proferido na ADI 4.097-AgR o Ministro Cezar Peluso, sucintamente, resumiu o posicionamento da Corte Suprema: “A jurisprudência dessa Corte é assente em reconhecer a impossibilidade de controle de constitucionalidade das normas produzidas pelo poder constituinte originário.”²⁷⁸

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. ADI n.02/DF. Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN – e Presidente da República.. Rel: Min. Paulo Brossard. Brasília, 06.02.1992. Disponível em:< www.stf.jus.br.> Acesso em 29.04.2016.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 28.03.1996. Disponível em:< www.stf.jus.br.> Acesso em 25.04.2016.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. Partido Social Cristão e Congresso Nacional. Rel. Min. Cesar Peluso. Brasília, 08.10.2008. Disponível em:< www.stf.jus.br.> Acesso em 23.04.2016.

Mas a posição do Supremo não se concilia com o nosso pensamento no que tange à recepção/não recepção dos enunciados prescritivos anteriores à Constituição Federal. Como dissemos acima, quando tratamos do sistema de direito positivo, diferenciamos os símbolos “sistema de direito positivo” e “ordenamento jurídico”. A fórmula construída, com amparo nas lições de ALCHOURRÓN²⁷⁹, BULYGIN²⁸⁰ e MOUSSALLEM²⁸¹, foi:

“Fórmula (a): $(SDP_1 \cup SDP_2 \cup SDP_3 \cup SDP_n) \equiv OJ$

Fórmula (b): $(SDP_1 \subseteq OJ); (SDP_2 \subset OJ); (SDP_3 \subset OJ); (SDP_n \subset OJ)$, em que cada SDP é sucessivo nos tempos t_1, t_2, t_3, t_n .”

Assim, a totalidade dos sistemas de direito positivo integram o todo, que é o ordenamento jurídico. Quando uma autoridade competente cria determinado documento normativo (suporte físico) estar-se-á criando um novo sistema de direito positivo; quando outra autoridade cria outro documento normativo, cria-se outro sistema de direito positivo, e assim por diante. Desse modo, se houver a incorporação de novos enunciados prescritivos, há a criação de um novo sistema de direito positivo.

A Constituição Federal é um corpo de enunciados prescritivos. Apesar de sua superioridade hierárquica e de sua importância histórica, com a manifestação de várias diretrizes axiológicas que direcionam o intérprete em seu percurso hermenêutico, para atribuir-lhe sentido, ela é, antes de tudo, um documento normativo. Toda a nossa construção semiótica realizada até aqui aplica-se integralmente à Constituição Federal.

Dessa maneira, a Assembleia Constituinte, ao promulgar a Constituição Federal, está criando um novo sistema de direito positivo. Mas ela inaugura um novo sistema de direito positivo com todas as outras normas que pertenciam ao sistema anterior. Isso significa que o sistema de direito positivo inaugurado com

²⁷⁹ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Sobre el concepto de orden jurídico. In:_____. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

²⁸⁰ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Sobre el concepto de orden jurídico. In:_____. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

²⁸¹ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.p.139.

a Constituição Federal carrega consigo todos os enunciados prescritivos do sistema de direito positivo anterior.

Tomando por exemplo: supomos que a Constituição de 1967 integre o SDP_1 e esse SDP_1 seja alterado pela promulgação da Constituição de 1988, que agora integra o SDP_2 . O SDP_2 conterà todos os enunciados prescritivos de SDP_1 , à exceção da Constituição de 1967. E isso, por duas razões: apenas retiro o enunciado prescritivo de maneira expressa, devendo atacá-lo de maneira direta, frontal; e basta que um novo documento normativo seja criado para que seja inaugurado um novo sistema de direito positivo.

Desta feita, pensamos que não há que se falar em recepção dos documentos normativos, pois eles nunca deixaram de pertencer ao sistema de direito positivo inaugurado com a Constituição de 1988.

Para pensarmos de maneira prática, podemos vislumbrar o caso do Código Tributário Nacional (CTN), que é de 1966; o caso do Código de Processo Civil (CPC) - o antigo - que era de 1973; e o caso do antigo Código Civil (CC), que era de 1916²⁸². Em todos eles a promulgação da Constituição Federal é posterior ao ano de ingresso dos mencionados instrumentos introdutórios no ordenamento jurídico. Se pensarmos que SDP_1 é o sistema em que está contida a Constituição de 1967 (C67), teremos o seguinte esquema:

$(CC. CPC. CTN. C/67) \in SDP_1$

Ao ser inaugurado o sistema de direito positivo SDP_2 com a Constituição Federal de 1988, teríamos:

$(CC. CPC . CTN . CF/88) \in SDP_2$

Assim, quando a Constituição de 1988 inaugurou um novo sistema de direito positivo, mas sem a Constituição de 1967, pensamos que todos os documentos

²⁸² Apesar de tais diplomas normativos terem sido criados nos anos mencionados, eles sofreram alterações, ou reformas, constantes, de maneira que, para sermos fiéis ao nosso pensamento, o diploma normativo deveria ter o ano de sua última alteração (inserção ou supressão de enunciados), pois quando novos enunciados são inseridos neste diploma normativo, os anteriores (se não foram revogados), permanecem intactos. Assim, por exemplo, se o último enunciado prescritivo do CTN foi inserido no ano de 2015, o CTN seria, tecnicamente, de 2015, pois o sistema de direito positivo inaugurado com a alteração do CTN contém todos os enunciados prescritivos constantes de CTN.

normativos que integravam o sistema de direito positivo da Constituição de 1967 estavam presentes no sistema inaugurado pela Constituição de 1988. Desse modo, as chamadas normas que foram “recepcionadas”, pensamos, nunca deixaram de pertencer ao sistema de direito positivo.

4.3 - A norma de inconstitucionalidade: a sua estrutura lógica.

Uma Constituição que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico.²⁸³ Como assevera KELSEN: “O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior.”²⁸⁴

Será estudada aqui a norma de inconstitucionalidade, mais especificamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade a partir do problema proposto: saber se quando a norma perde seu fundamento de validade, continua válida.

A norma de inconstitucionalidade ou norma de anulabilidade é aquela aplicada tão-somente pelo Supremo Tribunal Federal. Reafirmamos nossa premissa: a Ciência não retira normas “inconstitucionais” do sistema, apenas a autoridade competente o faz. Como norma que é, pressupõe uma estrutura. Dentro da estrutura dual da norma jurídica, a norma de inconstitucionalidade é a norma de anulabilidade ou norma secundária.

Como exposto mais acima, as duas normas que compõem a norma completa possuem hipótese, um functor implicacional e uma consequência. Formalizando, seria: $(H \rightarrow C) \vee (H \rightarrow C)$.

A norma de inconstitucionalidade²⁸⁵, ao saturarmos as variáveis, ficaria da seguinte forma: se a autoridade produzir enunciados prescritivos (hipótese da

²⁸³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 179

²⁸⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 179

²⁸⁵ Estrutura da norma de anulabilidade constitucional saturada, aqui com base no trabalho: ALMEIDA, Júlio César; OLIVEIRA, Thaís de Souza. **REPERCUSSÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE UM TRIBUTO NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO: ANÁLISE A PARTIR DE PAULO DE BARROS CARVALHO**. In: CONPEDI, XX,

norma primária), deve observar os limites de sua competência (procedimento e matéria), que é a consequência da norma primária; caso a autoridade não observe os limites de sua competência, procedimento ou matéria (hipótese da norma secundária), deve ser a anulação da norma jurídica com efeito *ex tunc* ou *ex nunc* (consequência da norma secundária).

A autoridade competente, ao produzir os enunciados prescritivos deve obedecer aos limites normativos delineados pela norma hierarquicamente superior. Esses limites são de natureza formal (engloba competência e procedimento) e de natureza material (abarca o conteúdo) – os limites formais são analisados a partir da enunciação-enunciada e os limites materiais são analisados a partir dos enunciados-enunciados, como dissemos. Eis a norma primária, norma essa que prevê os direitos e os deveres da autoridade competente. Os deveres se manifestam na observância aos limites que devem ser observados e o direito subjetivo é o de legislar.

Caso os enunciados prescritivos produzidos pela autoridade competente contenham vícios, sejam formais ou materiais, esses enunciados prescritivos devem ser anulados. Ocorre que só quem pode anular é outra autoridade competente, ou seja, apenas outra norma pode constituir a nulidade, ou atribuir esses efeitos à norma.

Como exposto mais acima, o documento normativo é composto apenas por enunciados prescritivos, com estes sendo classificados em enunciação-enunciada e enunciado-enunciado. Da leitura da enunciação-enunciada, que são as marcas da pessoa (competência), procedimento, tempo e local, constrói-se a norma jurídica denominada veículo introdutor, concreta e geral. Em seu antecedente há um fato jurídico e em seu consequente, uma relação jurídica abstrata. Esse fato jurídico consiste na atividade da autoridade ter seguido um procedimento em determinado local e em determinada data. Eis o fato jurídico criador de enunciados prescritivos. O consequente do veículo introdutor é a juridicidade dos enunciados prescritivos vinculados, isto é, a

obrigatoriedade de todos os sujeitos obedecerem aos enunciados produzidos pela enunciação.

A outra classe de enunciados, os enunciados-enunciados, não possui as marcas da enunciação e, de sua leitura, da significação criada a partir dos enunciados-enunciados, constrói-se a norma introduzida.

Dessa maneira, enunciação-enunciada (S_1) está para o veículo introdutor (S_3) bem como os enunciados-enunciados (S_1) estão para a norma introduzida (S_3).

4.4 - Veículo introdutor e norma introduzida: o fato ilícito em cada norma; inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material.

O veículo introdutor, como dito, é norma construída a partir dos dêiticos lançados no documento normativo. Autoridade, procedimento, tempo e espaço estão em seu antecedente; o dever de observância aos enunciados prescritivos veiculados está no consequente. Assim, não se fala em limites materiais, mas, sim, formais. É a partir da enunciação-enunciada que se analisa se os limites formais foram observados. Quando se tratar de enunciados-enunciados o limite analisado é o material; controla-se “o quê” foi dito e não “quem”, “como”, “onde” e “quando”.

A observância aos limites formais remete à atividade de enunciação. Pergunta-se quando da análise do veículo introdutor: a enunciação foi realizada de acordo com a norma superior? Caso contenha algum vício na enunciação, configurada estará a inconstitucionalidade formal prevista abstratamente pela norma de inconstitucionalidade.

Por outro lado, a observância aos limites materiais é verificada a partir da análise dos enunciados-enunciados que compõem o documento normativo. Da leitura desses enunciados-enunciados constrói-se a norma introduzida. A norma introduzida apresenta os limites materiais, limites, esses, que são confrontados com os limites constitucionais. Caso a norma introduzida não

esteja em conformidade com a Constituição Federal, diz-se que há a inconstitucionalidade material.

Tanto a inconstitucionalidade formal como a material, fazem parte do antecedente da norma de inconstitucionalidade. O ponto em comum do fato ilícito material e do fato ilícito formal, do antecedente da norma de inconstitucionalidade, é a ilicitude contida na produção da norma, pois “o ato de criar normas é uma conduta que pode ser classificada como lícita ou ilícita.” ²⁸⁶

4.4.1 - A consequência da anulabilidade: os efeitos *ex tunc* e *ex nunc*.

Na consequência da norma secundária, ou norma de inconstitucionalidade, está contida a consequência de anulabilidade da norma “viciada”. Estamos operando, aqui, com o consequente da norma secundária. Basicamente, a norma anulatória possui dois efeitos temporais. Em um deles se prescreve que o âmbito de vigência temporal da norma irregular retroaja à data de sua publicação. Nesse caso, se fala do efeito “*ex tunc*”. Em outros casos, a norma anulatória prescreve que só após a sua publicação os efeitos da norma dita irregular devem cessar. Já nesse caso, estar-se-á ante os efeitos “*ex nunc*”. Aqui reforçamos a nossa crítica: os efeitos da norma de anulabilidade criada pelo STF apenas são para frente; essa decisão do STF, mesmo que “*ex tunc*” não atinge automaticamente as normas anteriores.

O próprio direito positivo prevê que a autoridade competente pode prescrever a eficácia da norma anulatória de diferentes maneiras. Essa possibilidade é tratada sob o nome de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O artigo 27 da lei 9.868/99 prescreve o exposto acima:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração

²⁸⁶ GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses. 2009. p 123.

ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Desta feita, pode-se dizer que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas jurídicas possui três tipos de efeitos temporais para as normas ilicitamente produzidas: (i) no primeiro, a eficácia é retroativa, uma vez que a norma anulatória constitui a invalidade de outra norma e cassa a sua vigência desde a sua publicação; (ii) no segundo, a eficácia é prospectiva, pois a norma anulatória só restringe a aplicação da norma inválida a partir da decisão; (iii) por último, em certas circunstâncias (previstas em lei) é possível a modulação dos efeitos previstos para a eficácia da norma anulatória, postecipando para datas futuras o fim da vigência da norma.²⁸⁷

Caso seja “declarada” inconstitucional ou constitucional, a norma terá eficácia erga omnes (contra todos) e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciária e Administração Pública federal, estadual e municipal.

Dessa maneira, a declaração de inconstitucionalidade é uma norma jurídica cuja consequência é a desconstituição de outra norma, abstrata, objeto da declaração.

Neste ponto da dissertação cumpre distinguir, dentro da estrutura lógica da norma jurídica, a diferença entre os efeitos ex tunc e ex nunc.

Os efeitos ex nunc e ex tunc podem ser entendidos, também, com norma jurídica. Como norma jurídica que é, pressupõe a estrutura lógica implicacional “se...então...”.

Em termos de norma abstrata teremos, ao tratarmos do efeito ex tunc: Se o STF anulou o documento normativo X e atribuiu efeitos ex tunc à decisão, então deve ser a permissão para que se anule os atos praticados com fundamento de validade na norma anulada pelo STF. Perceba-se que a retroatividade consiste nessa permissão para que se anule essas normas que foram construídas com fulcro na norma anulada. Repita-se: a norma não sai automaticamente do sistema de direito positivo.

²⁸⁷ Efeitos da norma retirados do livro de TÁCIO LACERDA GAMA (GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses. 2009. p 121)

No que tange aos efeitos ex nunc (aqueles que não “retroagem”), teremos a seguinte estrutura hipotética condicional: Se o STF anular o documento normativo Y e atribuir efeitos ex nunc à decisão, então deve ser a proibição de anular normas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada pelo STF, mas essa proibição é direcionada às normas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada em data anterior à anulação realizada pelo STF. Explicamos: caso a norma 1 tenha buscado seu fundamento de validade na norma 2 e essa norma 2 tenha sido anulada pelo STF com efeitos ex nunc, a norma 1 está insuscetível à anulação, caso ela tenha buscado seu fundamento de validade na norma anulada em data anterior à anulação.

Reafirmamos: a “retroatividade” da norma é uma permissão para que os efeitos da norma atinjam normas criadas em data anterior à anulação. Não há incidência automática.

4.5 – O conseqüente da norma de inconstitucionalidade (ADI) é uma relação jurídica processual?

Sustentamos no capítulo I que a denotação do ato ilícito somente é possível se ocorrer uma relação processual. Ou seja, para que o ilícito seja constituído, necessariamente deve existir a figura de uma relação jurídica processual. Como “produzir enunciados prescritivos” é uma conduta regulada pelo direito, ela pode ser lícita ou ilícita. E para que seja denotada como ilícita, ela pressupõe uma relação processual. É o que sustentaremos nessa tese.

Quando sujeito legitimado a propor a ADI o faz, “o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”²⁸⁸. Ou seja, o relator da ADI irá requerer que o Órgão produtor dos enunciados prescritivos questionados manifeste-se. Pensamos que isso não faz dos Órgãos ou autoridades produtoras dos enunciados, réus. Ao analisarmos as ADI’s, vislumbramos que essas autoridades ou Órgãos são

²⁸⁸ Redação do art. 6º da Lei 9.868/99.

tidos como intimados, e os autores como requerentes. Desta feita, pensamos que a relação processual que integra o consequente da norma secundária da ADI possui dois sujeitos: o legitimado a propor a ADI e o Supremo Tribunal Federal. Não custa reforçar, aqui, que a relação processual pode acontecer entre autor e Estado-Juiz, tão-somente. Não custa lembrar aqui que a relação jurídica formal (consequente da norma secundária) é formada por duas relações processuais (relação entre S' e Estado Juiz e relação entre Estado-Juiz e S''). Nas palavras de Lourival Vilanova:

“A uma relação jurídica material R, entre A e B, sucede outra relação jurídica formal (processual) entre A e C (órgão C que concentrou o emprego da coação) e entre C e B. Figuradamente, se a relação material era horizontal, unilinear, a relação formal fez-se angular: não se desenvolve linearmente de A para B, pois conflui em C. Perfaz-se outra relação R'. Esta é uma relação composta de duas relações processuais(...)”²⁸⁹

Essa angularidade não é necessária²⁹⁰ para que o consequente da norma secundária esteja formado, ou seja, a relação jurídica processual pode ser formada apenas entre A e C (órgão que concentrou o emprego da coação). Esse é o primeiro ponto construído para afirmarmos que a relação em sede de ADI é uma relação processual.

Então a nossa tese de que o ilícito denotado pressupõe uma relação processual, não é alterada. O outro ponto que merece ser destacado é que na relação jurídica formada em sede de ADI, ou no consequente da norma secundária da ADI, aplicar-se-ão normas de direito processual. Por exemplo, é cabível agravo da decisão que indeferir a petição inicial de ADI; cabe medida cautelar (desde que satisfeitos, dentre outros, os requisitos de urgência e relevância da matéria). Os requisitos de uma petição inicial devem ser preenchidos, bem como os pressupostos recursais, por exemplo em sede de agravo. Assim, devido ao fato de serem aplicadas normas de direito processual na relação formada entre autor e STF, temos que esse é outro fator para que classifiquemos essa relação jurídica como processual.

²⁸⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.189.

²⁹⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.196.

4.6 - As normas jurídicas criadas com a norma de anulabilidade do STF: o efeito vinculante e a eficácia erga omnes.

Tanto o efeito vinculante quanto a eficácia *erga omnes* possuem previsão constitucional e na Lei n. 9.868/99²⁹¹. Neste tópico iremos analisá-los a partir da perspectiva estrutural da norma jurídica. Trataremos a respeito do “efeito vinculante” para depois nos debruçarmos sobre a “eficácia erga omnes”.

O efeito vinculante, como nos mostra o art. 102, parágrafo segundo da CF e art. 28, parágrafo único da Lei 9.868 de 1999, significa que aquela norma declarada inconstitucional é proibida de ser aplicada pelo Poder Judiciário e pela Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Mas onde se encontra o “efeito vinculante” na estrutura lógica da norma jurídica?

A norma jurídica, como trabalhada nesta dissertação, é classificada como norma primária e norma secundária. Pensamos que o “efeito vinculante” se encontra presente na norma primária dispositiva e na norma secundária.

Ao saturarmos as variáveis²⁹² da norma primária teríamos o seguinte esquema: Hipótese: dada a declaração de inconstitucionalidade; Consequente: deve ser a obrigação de não aplicar a norma anulada pelo STF. O dever-ser intraproposicional está modalizado em “proibido”, impedindo-se, assim, que o Estado-Administração e o Poder Judiciário de outras instâncias produzam,

²⁹¹Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.); Art. 28[...]§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.(BRASIL. **Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 de novembro de 1999. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 10 de maio de 2016.

²⁹² Estrutura normativa saturada com base em: LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.151 - 154.

quando inserto no sistema o efeito vinculante de declaração de inconstitucionalidade, norma individual e concreta que busque fundamento de validade na norma anulada pelo STF (declarada inconstitucional)

Como podemos perceber, o Legislativo não está vinculado a essa norma criada pelo STF, o que significa que o Poder legiferante não possui obstáculos legais para produzir enunciados prescritivos com o conteúdo da norma anulada.

No que toca à norma secundária, teríamos o seguinte esquema: Hipótese: dada a aplicação da norma anulada pelo STF em sede de ADI (que seria a negativa do consequente da norma primária); Consequente: deve ser a anulação dessa norma criada com a incidência da norma anulada em sede de ADI.²⁹³

Assim, o efeito vinculante pode ser visto como norma primária e como norma secundária. Para sanar ambiguidades e diminuir o abismo gnosiológico, podemos traçar a seguinte distinção: efeito vinculante norma primária e efeito vinculante norma secundária.

Mas as ambiguidades que permeiam o termo “efeito vinculante” não param por aí. Podemos, ainda, analisá-lo pela perspectiva da “relação jurídica”. Como dito anteriormente, a relação jurídica, necessariamente, é composta por cinco elementos. Não havendo um desses elementos, não existe relação jurídica. Os elementos são: sujeito ativo, sujeito passivo, objeto, direito subjetivo e dever jurídico. O direito subjetivo é inerente ao sujeito ativo, ao passo que o dever jurídico é inerente ao sujeito passivo. Caso esse sujeito passivo tenha ante o sujeito ativo alguma pretensão, ou algum direito subjetivo, estaremos diante de outra relação jurídica. Representando graficamente, teremos o seguinte esquema:

²⁹³ Robson Maia Lins traça o seguinte consequente neste caso: “Consequente: deve ser a possibilidade de ingresso no STF com reclamação constitucional.” (LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p. 154) Ocorre que sempre há a possibilidade de ingressar no STF com a reclamação constitucional, independente de se ter interesse de agir ou não, a possibilidade sempre existirá. Pensamos também que em sede recursal o juiz competente possa deconstituir a decisão anterior que fora prolatada com fulcro na norma anulada pelo STF, não precisa, necessariamente de se ingressar com reclamação no STF.

S' ————— R' ————— S''



Direito subjetivo

Dever jurídico

Do acórdão proferido pelo STF algumas normas jurídicas são construídas, dentre elas a norma jurídica do efeito vinculante. Essa norma jurídica proíbe que aqueles Órgãos previstos no art. 102, parágrafo 2º da CF e art. 28, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/1999, apliquem a norma declarada inconstitucional, ou seja, estes Órgãos ficam vinculados. Assim, podemos saturar “ $p \rightarrow q$ ” da seguinte maneira: “dado o fato da norma x ter sido declarada inconstitucional em sede de ADI, deve ser a proibição da aplicação da norma x pelo Poder Judiciário, pela Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Dentro deste esquema teremos o “efeito vinculante” como o dever jurídico que os mencionados Órgãos possuem. O dever destes Órgãos é não aplicar a norma declarada inconstitucional em sede de ADI. Eis a posição do “efeito vinculante” no interior da relação jurídica.

E mais, sempre que uma conduta for proibida, permitida, ou obrigatória, ela encontrará as suas condutas equivalentes. E isso se deve à interdefinibilidade dos funtores deônticos, que se expressa na seguinte fórmula: $V(p) \equiv O(-p) \equiv -P(p)$. Insta ressaltar que esses funtores deônticos são os intraproposicionais, ou seja, em “S R S”, o functor intraproposicional é o R, que funciona também como functor poliádico, pois relaciona dois termos.

Teremos que “p” é “aplicar a norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de ADI”, e que “V”, “O” e “P”, sejam, respectivamente, proibido, obrigatório e permitido. Assim, é “proibido aplicar norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de ADI”; “é obrigatório não aplicar a norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de ADI” e “não é permitido aplicar a norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de ADI”.

Assim, para finalizar a primeira parte deste tópico, teremos o “efeito vinculante” como norma primária, como norma secundária e como dever jurídico.

No que tange à eficácia “erga omnes”, a alta instabilidade semântica também a permeia. Para melhor operarmos com este sentido iremos analisá-lo a partir da estrutura da norma jurídica, como feito acima com o “efeito vinculante”.

É bem aceita a ideia de que a eficácia “erga omnes” é o alcance subjetivo da decisão de inconstitucionalidade. A decisão de inconstitucionalidade abarca todos que estão no mesmo critério territorial, qual seja, o Estado brasileiro. Assim, todos que estiverem no território brasileiro após a decisão de inconstitucionalidade têm o direito de não sofrer a incidência da norma dita inconstitucional pelo STF. No mesmo sentido, assevera Robson Maia Lins que “tomamos o efeito erga omnes como o direito subjetivo de que são os titulares os administrados de não ter positivada contra si RMIT declarada inconstitucional.”²⁹⁴

Assim, dentro do esquema da relação jurídica, localizamos a eficácia erga omnes como o direito subjetivo que os administrados possuem de não sofrerem a incidência da norma declarada inconstitucional pelo STF. Poderíamos representar da seguinte forma :

S' = sujeito ativo (administrados);

S'' = aplicador;

Direito subjetivo dos administrados = efeito erga omnes;

Dever jurídico dos aplicadores = efeito vinculante

Objeto = não positivação da norma anulada em sede de ADI.

Vamos especificar mais ainda. Temos que a norma jurídica - neste caso, a primária – é composta por um critério material, um critério espacial e um critério temporal, esses critérios integram o antecedente normativo. Já o consequente possui as notas para a constituição de uma relação jurídica: SRS'. A estrutura, então, é:

²⁹⁴ LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.158.

H = Cm. Ce. Ct

↓

C = S'RS''

Ao preenchermos as variáveis teremos: dado o fato de ser pessoa (Cm), no território brasileiro (Ce), após a declaração de inconstitucionalidade da norma x (Ct), deve ser o direito de não sofrer a incidência da norma declarada inconstitucional e o dever de não aplicar a norma declarada inconstitucional.

Mas insta questionar: e as normas que buscaram fundamento de validade nessa norma anulada pelo STF em sede de ADI? O que ocorre com elas?

4.7 – As normas que buscaram fundamento de validade na norma anulada: uma análise das normas individuais e concretas e normas gerais e abstratas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada.

4.7.1 – Normas individuais e concretas que perdem seu fundamento de validade: essas normas permanecem no sistema? O problema da coisa julgada.

Já tivemos a oportunidade de delinear semanticamente o signo “fundamento de validade”, mas iremos reforçar o nosso entendimento. Um enunciado prescritivo necessariamente deve ser criado com fulcro em outro enunciado prescritivo - esse é o fechamento operacional do direito. Sempre que um documento normativo é feito de acordo com outro, dizemos que esse documento normativo buscou seu fundamento de validade neste outro. Supomos que N₁ foi criada de acordo com N₂ e N₃ foi criada de acordo com N₂. Teremos que N₂ buscou seu fundamento de validade em N₁ e que N₃ buscou seu fundamento de validade em N₂. Exemplificando: A Constituição Federal (N₁) determina como deve ser produzido o Código Civil (N₂) e o Código Civil determina como deve ser feito um contrato (N₃). Teremos o contrato buscando seu fundamento de validade no Código Civil e o Código Civil buscando seu fundamento de validade na Constituição. Dentro deste exemplo, o nosso problema, como explicado, é: e se o Código Civil for revogado ou anulado? Teríamos o contrato sem seu fundamento de validade. Como dito em sede

introdutória, esse problema é analisado a partir da ADI. Quando se anula a norma que fora fundamento de validade para outras normas, estar-se-ia anulando essas normas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada? A partir de toda a construção teórica realizada até aqui, nos debruçaremos, sobre este problema.

O acórdão enunciado-enunciado que retira a validade da norma guerreada inaugura um novo sistema de direito positivo. Ocorre que esse acórdão enunciado-enunciado retira apenas a validade da norma objeto da ADI, que é geral e abstrata, sem afetar as outras normas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada.

O sistema de direito positivo permite que a norma objeto da ADI perca a sua validade em momento posterior à “declaração” de inconstitucionalidade. É o caso do artigo 27 da lei 9.868/99. Neste caso, o acórdão enunciado-enunciado que reconhece a ilicitude na criação do enunciado prescritivo objeto da ADI, determina que a incidência da norma veiculada no mencionado acórdão de inconstitucionalidade incida a partir de determinado tempo; o acórdão delimita o limite temporal, neste caso. O critério temporal da norma jurídica é alterado.

Assim, a norma objeto da ADI, quando declarada inconstitucional, não mais integra o sistema de direito positivo inaugurado pelo acórdão enunciado-enunciado. Desta feita, a norma declarada inconstitucional perde a sua validade-pertinência. Neste sentido se manifesta GABRIEL IVO, ao equiparar a revogação com a norma de inconstitucionalidade:

“A revogação expressa, por estar consubstanciada numa norma concreta e geral revocatória, assemelha-se à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no controle direto da constitucionalidade. Ambas são normas concretas e gerais, e retiram o enunciado prescritivo do sistema normativo.” ²⁹⁵

Dessa maneira, a partir de uma análise dinâmica, vislumbra-se o sistema de direito positivo em sua mutação, com SDP₁ contendo a norma objeto da ADI e com SDP₂, inaugurado com o acórdão enunciado-enunciado (julgado procedente), sem a norma objeto da ADI.

²⁹⁵ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p.166.

Mas o mencionado acórdão enunciado-enunciado tem apenas o condão de retirar a norma guerreada em sede de ADI, ou seja, ela não influencia nas normas que buscaram nela o seu fundamento de validade. Essa não parece ser a posição de PAULO DE BARROS CARVALHO, quando o mesmo expõe que:

“(...) o ordenamento jurídico brasileiro estabelece meios diferentes para declarar inválida u’a norma do sistema: um deles é a revogação expressa; outro a revogação tácita, pelo aparecimento de preceito em sentido diverso; outro ainda é a subtração de seu fundamento de validade, com a ruptura do vínculo de subordinação que a suportava.”

296

TÁREK MOUSSALLEM parece divergir do pensamento de PAULO DE BARROS CARVALHO (apud IVO, 2006, p.164). Apesar de longo trecho transcrito, nele fica claro que o autor capixaba orientador deste estudo entende que as normas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada continuam no sistema:

“O caráter constitutivo do acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade é tão evidente que todas as normas individuais e concretas expedidas com fundamento de validade na norma declarada inconstitucional permanecem válidas no sistema normativo até que sejam expulsas por ato de fala competente. (...) O fato de os efeitos, por ela produzidos, poderem ser todos desfeitos, não implica eficácia *ex tunc* total, com retirada da validade e da vigência. Certamente, continuarão válidas no sistema normativo normas individuais e concretas editadas com lastro na norma ‘declarada’ inconstitucional.”²⁹⁷

E mais, não obstante os efeitos atribuídos à norma de anulabilidade na ADI, se *ex tunc* ou *ex nunc*, a ideia aqui defendida permanece intacta. No caso dos efeitos *ex tunc*, a norma de anulabilidade não retroage e retira os enunciados prescritivos que não possuem mais fundamento de validade; é necessário que

²⁹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **COFINS – A lei n. 9.718/98 e a emenda constitucional n. 20/98**. Revista de Direito Tributário, n. 75. São Paulo: Malheiros. P. 183. In: IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 164.

²⁹⁷ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011. p.254.

haja a produção de norma individual e concreta para atacar essas normas que não possuam mais o seu fundamento de validade.

Dessa forma, a nulidade da norma criadora (geral e abstrata) não implica a perda da validade-pertinência da norma criada (individual e concreta). Assim, a nulidade da norma criadora não implica na perda de validade da norma criada. Para tal é necessário que haja outra norma, que dite tal finalidade de forma expressa.

Por exemplo: a norma X cria a norma Y, logo inaugura SDP₁; a norma Y cria a norma Z, logo inaugura o SDP₂. A norma X é declarada inconstitucional em sede de ADI, com a decisão com efeitos *ex tunc*, logo, este acórdão enunciado-enunciado cria o SDP₃. Assim, a questão é: quais dessas normas acima integram SDP₃? De acordo com a ideia construída ao longo do trabalho, a norma Y e a norma Z fazem parte de SDP₃, não obstante a norma Y ter perdido o seu fundamento de validade. Concordando conosco, temos MENDES, MEIRELLES e WALD:

“Não se deve supor, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade afeta todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se a proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão” ²⁹⁸ (grifo nosso)

E exatamente o mesmo sentido seguiu o Min. Celso de Mello:

“A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em

²⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.591.

nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte.

”299

Pois bem. As normas individuais e concretas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada em sede de ADI serão analisadas em três estágios distintos: (i) em prazo recursal; (ii) transitada em julgado com possibilidade de ação rescisória e (iii) transitada em julgado e com escoamento do prazo da ação rescisória.

Em (i) teremos a norma individual e concreta que está em julgamento, seja sentença, acórdão, embargos, dentre outros instrumentos introdutórios. Estamos tratando, aqui, de normas individuais e concretas que não transitaram em julgado, ressalte-se. Dentre toda a nossa construção teórica realizada até aqui, pensamos que a autoridade julgadora tem o dever de não aplicar a norma anulada pelo STF, em virtude do efeito vinculante. Como dissemos, é dever do juiz não aplicar a norma anulada pelo STF.

A nossa tese vem reforçada pelos artigos 535, §5º e 525, §1º e §12º da Lei 13.105 de 2015, o novo Código de Processo Civil. Os mencionados artigos possuem as seguintes redações:

“Art. 525, § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

[...]

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coisa julgada em sentido material - indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade: atributos especiais que qualificam os efeitos resultantes do comando sentencial. RE 592912 AgR / RS. União e Imelda Anna Haab. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 03.04.2012. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 29.04.2016.

Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”³⁰⁰

Estes enunciados prescritivos integram a parte do novo CPC que regula o cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Semelhante conteúdo possuem os enunciados prescritivos que regem a inexecutibilidade do título judicial no caso do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, como veremos abaixo:

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

[...]

III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[...]

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

301

Esses artigos foram expostos no corpo de nosso texto para demonstrarmos que até em sede de execução, o dever do juiz de não aplicar a norma anulada subsiste. Assim, nossa conclusão para o caso das normas individuais e concretas que estão em julgamento (ou recurso) é que neste estágio o aplicador deve não aplicar a norma anulada pelo STF em controle concentrado. E isso porque o acórdão de anulabilidade criada pelo STF inaugura um novo sistema de direito positivo (S₁) e caso essas normas individuais e concretas

³⁰⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 28.04.2016.

³⁰¹BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 28.04.2016.

pertencam a esse sistema S_1 , a norma anulada não pode ser aplicada. Essa nossa ideia apenas não será aplicada se no acórdão de anulabilidade os seus efeitos forem prorrogados. Essa é a hipótese contida no art. 27 da lei 9868/99, onde o STF poderá, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de 2/3 dos seus membros, determinar que esse acórdão de anulabilidade só tenha eficácia a partir de outro momento fixado.

Esse é o caso em que a norma de anulabilidade do STF ingressa no ordenamento jurídico criando um novo sistema de direito positivo no momento T_1 , mas a sua produção de efeitos fora prorrogada para T_3 . Pensamos que, neste caso, no intervalo entre T_1 e T_3 os órgãos atingidos pelo efeito vinculante não possuem esse dever de abstenção, esse dever de não aplicar a norma anulada pelo STF, pois, ressalte-se, a produção de seus efeitos foi prorrogada. Dito de outra forma, os Órgãos obrigados a não aplicar a norma anulada não possuem esse dever em T_1 e em T_2 , mas possuem em T_3 .

No mesmo sentido apregoa PEDRO LENZA:

“Estando em curso ação individual e sobrevivendo decisão em controle concentrado ou edição de súmula vinculante, ou Resolução do SF, o juiz do processo individual, ainda não fundo, ficará vinculado, devendo decidir a questão prejudicial de inconstitucionalidade nos exatos termos do estabelecido no processo coletivo. Isso decorre do efeito vinculante da decisão.”³⁰²

Analisaremos (ii) e (iii) em conjunto, que são respectivamente, normas passíveis de ação rescisória e normas não mais passíveis de ação rescisória. A norma individual e concreta pode ou não obter o atributo de coisa julgada. Não sendo mais possível a interposição de recurso ou, se previsto, interposto fora do prazo legal, formar-se-á a coisa julgada. BARBOSA MOREIRA resumidamente distingue a coisa julgada em formal e material:

“A autoridade da coisa julgada, de que se tenha revestido uma decisão judicial, cria para o juiz um vínculo consistente na impossibilidade de emitir um novo pronunciamento sobre a matéria já

³⁰² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 19.ed.São Paulo: Saraiva, 2015 .p.427.

decidida. Essa impossibilidade às vezes só prevalece no mesmo processo em que se proferiu a decisão (coisa julgada formal), e noutros casos em qualquer processo (coisa julgada material).”³⁰³

A norma jurídica da coisa julgada pode ser construída da seguinte forma: Hipótese: se transitar em julgado a norma individual e concreta; consequência: deve ser a coisa julgada. Pensamos que essa norma é destinada à autoridade competente, pois somente a autoridade julgadora pode desconstituir a coisa julgada naquele mesmo processo³⁰⁴. Na mesma esteira de pensamento caminha BARBOSA MOREIRA:

“Haverá ofensa à coisa julgada quer na hipótese de o novo pronunciamento ser conforme ao primeiro, quer na de ser desconforme: o vínculo não significa que o juiz esteja obrigado a rejulgar a matéria em igual sentido, mas sim que ele está impedido de rejulgá-la.”³⁰⁵

Para os fins deste tópico trataremos da coisa julgada material, apenas. A coisa julgada pode alcançar dois graus: a coisa julgada e a coisa soberanamente julgada. A primeira ocorre quando do trânsito em julgado (esgotamento dos recursos ou transcurso do prazo para recorrer), ao passo que a segunda ocorre quando se escoar o prazo para a propositura da ação rescisória, ou quando essa é proposta, é julgada improcedente. A norma da coisa soberanamente julgada é construída da seguinte forma: Hipótese: se transcorrido o prazo de dois anos do trânsito em julgado da norma individual e concreta; consequência: deve ser a proibição de desconstituição da coisa julgada.

Dessa forma, se o STF anula a norma que serviu de fundamento de validade para essa norma revestida pela coisa julgada, há o direito subjetivo, desde que exercido no prazo legal para o ingresso com a ação rescisória, para que essa

³⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. ed. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.126.

³⁰⁴ Neste sentido assevera Robson Maia Lins: “A coisa julgada é também uma norma jurídica de comportamento. Proíbe que os agentes competentes (inclusive o próprio STF) retirem do sistema jurídico as normas jurídicas individuais após o decurso de determinado espaço de tempo. A essa proibição, perfectibilizadora da relação de direito público, alia-se o direito subjetivo dos administrados na permanência daquela norma individual e concreta e, evidentemente, a relação jurídica que irradia.(LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.241.)

³⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16.ed. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.126.

norma individual e concreta seja desconstituída. Nas palavras de ROBSON MAIA LINS:

“[...] se o STF declara inconstitucional a RMIT e o sujeito passivo tem contra si decisão judicial transitada em julgado fundamentada na constitucionalidade da RMIT, tem ele – sujeito passivo – direito subjetivo público à não-aplicação da norma por parte do Judiciário (e também do Executivo), e estes órgãos têm o dever jurídico de natureza pública de não aplicarem a norma declarada inconstitucional.”³⁰⁶

Apesar do efeito vinculante, esse direito subjetivo do legitimado a propor a ação rescisória, nesse caso, existe apenas até o prazo para a propositura da ação rescisória. Escoado esse prazo, não mais há o direito subjetivo do autor, logo não há o dever do Judiciário desconstituir a norma que buscou seu fundamento de validade na norma anulada em sede de ADI. Somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.³⁰⁷

Nesse sentido, cumpre expor a ementa da RE 594.350/RS, cujo relator foi o Min. Celso de Mello:

“A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.”³⁰⁸

³⁰⁶ LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**: decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.236.

³⁰⁷ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868**, de 10.11.99.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.405 – 406.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coisa julgada em sentido material - indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade: atributos especiais que qualificam os efeitos resultantes do comando sentencial. RE 592912 AgR / RS. União e Imelda Anna Haab. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 03.04.2012. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 29.04.2016.

Ocorre que há casos em que há a relativização da coisa julgada. Isso é, há situações em que mesmo que o prazo de dois anos tenha transcorrido, a coisa julgada é desconstituída. Geralmente nesses casos são invocados os “maiores valores constitucionais”. Assim, há um problema axiológico. O julgador faz uma espécie de “cálculo” entre os valores constitucionais e decide qual é o mais importante. Pensamos que tal operação é bastante subjetiva, portanto, muito problemática, pois não estamos mais tratando de uma dualidade sujeito/objeto, mas, pensamos, tão-somente de sujeito. Pois bem. Mas essas são situações excepcionalíssimas. É o caso do RE 363.889/DF³⁰⁹, onde a coisa julgada estava formada há mais de dez anos.

Mas fixemos a ideia que, via de regra, escoado o prazo para a Ação Rescisória, não há que se falar em desconstituição da coisa julgada, exceto nos casos de relativização de coisa julgada.

Dessa maneira, as normas individuais e concretas que perdem seu fundamento de validade não saem imediatamente do sistema, como pensamos ter demonstrado. E mais, como visto, em alguns casos ela até permanece no sistema, mesmo sem o fundamento de validade e sem possibilidade de sua desconstituição. Assim, normas passíveis de recurso, normas passíveis de rescisória e normas não mais passíveis de rescisórias continuam no sistema, não obstante a perda do seu fundamento de validade.

³⁰⁹ Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo TD-DFT que acolheu a preliminar de coisa julgada e determinou a extinção de nova ação de investigação de paternidade proposta em razão da viabilidade da realização do exame de DNA. À época da primeira ação o recorrente ingressou, representado por sua genitora, com ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos e que fora julgada improcedente em virtude da ausência de provas. O recorrente, no primeiro julgamento, não tinha condições financeiras para arcar com o exame de DNA. Nessa situação o STF afastou a coisa julgada (segurança jurídica) para conceder ao recorrente o direito de realizar o exame de DNA. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de investigação de paternidade declarada extinta, com fundamento em coisa julgada, em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o estado providenciado a sua realização. Repropositura da ação. Possibilidade, em respeito à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade. RE 363889 / DF. Diego Goiá Schmaltz e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 02.06.2011. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 29.04.2016.)

4.7.2 – Normas gerais e abstratas que buscam seu fundamento de validade na norma anulada

Há o caso em que normas gerais e abstratas buscam o seu fundamento de validade na norma anulada pelo STF em sede de ADI. Procuraremos demonstrar que a situação é a mesma, ou seja, a anulação da norma que serviu de fundamento de validade para que a norma geral e abstrata fosse produzida não retira essa norma geral e abstrata do sistema.

Podemos chegar à seguinte conclusão até aqui: o enunciado prescritivo somente é expulso de maneira expressa do sistema de direito positivo. Retomemos, aqui, algumas questões teóricas.

A norma jurídica é um juízo hipotético condicional construído a partir de enunciados prescritivos postos por autoridades competentes. Há uma diferença ontológica entre texto normativo e norma jurídica. O intérprete se debruça sobre o material posto para atribuir-lhe sentido deôntico. Esse ato de atribuição de sentido deôntico é, necessariamente, um ato interpretativo,.

Uma das premissas que permeiam todo o trabalho é: intérprete não altera o seu objeto de estudos; a Ciência não toca o objeto de estudos. *A construção de normas jurídicas não altera o texto normativo.* O texto normativo é tão somente o ponto de partida para a construção da norma jurídica. Assim, insta questionar: a anulação e a revogação atingem o enunciado ou a norma jurídica? É possível falar em anulação ou revogação de norma jurídica?

Pensamos que se aceitássemos a tese de que é possível a anulação ou revogação de normas jurídicas, cairíamos em contradição, uma vez que a norma jurídica é um juízo feito pelo intérprete; admitir essa tese é admitir que existe um ponto de contato entre o intérprete e o seu objeto, o que é inaceitável para nossa teoria. Assim, não há que se falar em interpretação ab-rogante, pois interpretação não altera o objeto. Nesse sentido, o orientador deste estudo se manifesta: “[...] o jurista não exerce revogação alguma, uma vez que a simples

interpretação não é instrumento hábil para retirar ou colocar “norma” no sistema.”³¹⁰

No mesmo sentido, se posiciona NORBERTO BOBBIO: “[...] se a interpretação é feita pelo jurista, ele não tem o poder normativo e, portanto, não tem poder ab-rogativo.”³¹¹ Dessa maneira, “a revogação não é uma operação intelectual”³¹², bem como a anulação também não é, pois admitir que norma jurídica possa anular norma jurídica – ou revogar – é admitir que a interpretação interfere no objeto de estudos.

Assim, somente enunciados prescritivos retiram enunciados prescritivos. Norma jurídica não retira enunciado prescritivo, pois norma jurídica é criação do intérprete. Dessa maneira, a anulação ocorre em S_1 e não em S_3 . Bem como a revogação também ocorre em S_1 e não em S_3 . Anula-se e revoga-se enunciados prescritivos, não normas jurídicas.

Desta maneira, podemos ingressar no mérito do nosso tópico. Os enunciados prescritivos, quando anulados em sede de ADI, não perpetuam seus efeitos para as normas gerais e abstratas criadas com fulcro neles e nem para as normas individuais e concretas criadas com fulcro nele.

Admitir que os enunciados prescritivos anulados em sede de ADI perpetuam seus efeitos sobre os outros enunciados que buscaram nele seu fundamento de validade é admitir que o intérprete pode anular enunciados prescritivos, o que é inadmissível de acordo com a nossa construção teórica. Dessa maneira, quando enunciados prescritivos são anulados em sede de ADI, os outros enunciados que buscaram seu fundamento de validade nele, permanecem no sistema de direito positivo. Dito de maneira um pouco menos precisa, caso a norma geral e abstrata seja anulada em sede de ADI, as normas gerais e abstratas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada permanecem no sistema, pois, repita-se, admitir que essas normas também são anuladas é admitir que o intérprete altera o objeto.

³¹⁰ MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.p.221.

³¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.p.101

³¹² MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.p.224.

Tanto é assim, que o STF criou a técnica chamada “inconstitucionalidade por arrastamento” ou “atração”. Nessa modalidade de inconstitucionalidade, o STF expressamente anula as normas que dependiam daquela que foi anulada, a principal. PEDRO LENZA escreve que:

“[...] já na própria decisão, a Corte define quais normas serão atingidas, e no dispositivo, por “arrastamento”, também reconhece a invalidade das normas que estão “contaminadas”, mesmo na hipótese de não haver pedido expresse na petição inicial.”³¹³

A inconstitucionalidade por arrastamento, sequencial, ou “por atração” (todas as expressões possuem o mesmo significado) “ocorre nos casos em que será declarada, sequencialmente, a inconstitucionalidade de outro dispositivo legal com estrita relação de dependência com o preceito legal declarado como inconstitucional.”³¹⁴

Ou seja, nessa modalidade o STF, sabendo que, por exemplo, a norma X e a norma Y buscaram seu fundamento de validade na norma Z, anula todas as normas, mas a norma Z é a que fora o objeto principal na ADI.

Tanto é assim que caso o STF não a anulasse por arrastamento, essas normas que buscaram o fundamento de validade na norma anulada permaneceriam válidas no sistema. E mais, nada impede que o STF desconheça algum instrumento introdutor que buscou seu fundamento de validade na norma anulada. Tanto é assim que “o STF tem exigido que o requerente, no pedido inicial, delimite, de forma precisa, o objeto da ação, impugnando todo o complexo normativo supostamente inconstitucional(...)”³¹⁵

Desta maneira, normas gerais e abstratas que buscam seu fundamento de validade em norma anulada pelo STF em sede de ADI, permanecem válidas até que enunciado prescritivo especificamente retire-as. Repetimos: o acórdão de anulabilidade não possui a força ilocucionária nem perlocucionária de retirar

³¹³ LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.370.

³¹⁴ MORAIS, Dalton Santos. **Controle de Constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.p.204.

³¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 444.

as normas “dependentes” da norma anulada. Esses enunciados prescritivos que buscam seu fundamento de validade na norma anulada continuam integrando S_1 .

Assim, em termos lógicos, podemos expor o nosso raciocínio da forma a seguir: $(N_1.N_2.N_3 \in SDP_1)$. Neste caso N_2 e N_3 buscaram seu fundamento de validade na norma N_1 , ou seja, foram criadas de acordo, seja material ou formalmente, com a norma N_1 , isso no tempo T_1 . Mas no tempo T_2 a norma N_1 cessou a validade da norma N_1 , inaugurando, assim, o SDP_2 . Então teríamos: $(N_2.N_3.N_4 \in SDP_2)$. Mesmo que N_4 tenha inaugurado o SDP_2 sem N_1 , ainda assim N_3 e N_4 continuam pertencendo a SDP_2 . Esse raciocínio se aplica tanto às normas individuais e concretas quanto às normas gerais e abstratas que tenham perdido o seu fundamento de validade.

CONCLUSÃO

A conclusão do trabalho passará por etapas, sendo que cada etapa corresponde a uma tese sustentada em cada capítulo, em um total de quatro teses.

A problemática investigada no primeiro capítulo diz respeito ao objeto-formal do direito. Realizou-se um corte linguístico para estudar o direito como o plexo de enunciados prescritivos ejetados por uma autoridade competente.

No primeiro capítulo procurou-se investigar o problema do fato jurídico ilícito. Utilizando todo o instrumental teórico inerente ao método adotado, vislumbrou-se que a aplicação da norma equivale à sua denotação. O fato jurídico é a denotação realizada por sujeito competente para tanto. O mesmo ocorre com o fato jurídico ilícito. Só constitui o fato jurídico ilícito quem é competente para tal atividade.

Vislumbraram-se dois tipos de sanção, a primária e a secundária. Na sanção primária, o fato jurídico ilícito encontra-se na norma primária sancionadora; ao passo que na sanção secundária o fato jurídico ilícito encontra-se na norma secundária.

O pressuposto lógico da sanção secundária é a relação jurídica processual, pois a sanção secundária só pode ser aplicada pelo Estado-Juiz. O termo necessário à relação jurídica processual é o Estado-Juiz. Pensamos que as “partes” não se comunicam nessa relação processual.

Assim, ao se falar de fato jurídico ilícito previsto na norma secundária, tem-se em mente o pressuposto da relação jurídica processual, uma vez que sem essa, não se fala em aplicação de sanção secundária.

Ao final do capítulo realizou-se uma classificação das normas em: de conduta e de estrutura. Ambas regem a conduta humana, mas a primeira tem a conduta humana como fim mediato e imediato, ao passo que a segunda tem como fim imediato a conduta humana e mediato a criação de normas. Normas de estrutura, assim, são meta-regras, aquelas que estipulam como os enunciados prescritivos devem ser produzidos. Entendeu-se que a norma secundária da

norma de conduta abriga a sanção, ao passo que a norma secundária da norma de estrutura abriga a consequência da invalidade.

No capítulo segundo o enfoque foi deslocado para uma perspectiva dinâmica do sistema de direito positivo. Problemas de dinâmica normativa foram tratados: validade, hierarquia e fundamento de validade.

A problemática construída no segundo capítulo diz respeito ao fundamento de validade das normas jurídicas que integram o sistema de direito positivo. O sistema de direito positivo foi analisado, de início, pela sua perspectiva linguística, ou seja, sintática, semântica e pragmaticamente. Sintaticamente o sistema de direito positivo é fechado, mas aberto semântica e pragmaticamente. Averiguou-se a estrutura lógica do sistema de direito positivo, analisando-se as características que julgamos principais. O limite do sistema de direito positivo encontra-se na norma fundamental, que é o último dever-ser. O conceito de validade foi trabalhado, aqui, como a pertinência da norma ao sistema de direito positivo. Pelo prisma adotado na presente dissertação, “pertinência” e “existência” da norma possuem o mesmo significado.

No capítulo terceiro a nossa perspectiva constructivista foi aplicada à nossa ideia de Constituição. A Constituição foi tida tão-somente como um documento normativo. A ideia de “nulidade” foi a adotada a partir de uma perspectiva kelseniana, o que significa que a norma é apenas anulável, não nula. A norma não poderia nascer nula (no sentido de ser inexistente), pois integra o mundo do dever-ser. Foi trabalhado também o controle de constitucionalidade realizado pelo STF com o fito de realizar a distinção entre ambas as normas produzidas pelo STF, a em sede de controle concentrado e a em sede de controle difuso. No controle concentrado a validade da norma declarada inconstitucional é cortada, ao passo que no controle difuso, o Senado tem a competência para fazer cessar a eficácia técnica da norma.

No capítulo quarto a problemática central foi analisada a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para tal, traçou-se a sua estrutura lógica, que é: se autoridade for competente para produzir enunciados prescritivos, então ela deve respeitar limites formais e materiais; caso não respeite limites formais e

materiais, a norma será anulada, com efeito, *ex tunc* ou *ex nunc*. Eis a estrutura lógica da norma de anulabilidade constitucional, em sede de ADI.

Ocorre que quando uma norma é “declarada” inconstitucional, seja com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, as normas que foram criadas em observância a ela não são expulsas automaticamente do sistema. Apesar do laço de subordinação da norma criada ter sido quebrado, a norma de anulação apenas retira a validade da norma criadora; ela não tem o condão de constituir a invalidade da norma criada. Para que a norma criada perca a sua validade-pertinência, é necessário que outra norma seja expedida com tal fim. Dessa maneira, a declaração de inconstitucionalidade, seja com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, não influenciam nas normas jurídicas criadas com fulcro naquela norma anulada. As normas individuais e concretas encontrar-se-ão em: (i) fase recursal ou (ii) transitadas em julgado. Em ambos os casos é necessário que haja uma norma retirando-as do sistema. No caso das normas gerais e abstratas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada, temos que o STF deve retirar expressamente a validade dessas normas gerais e abstratas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada. Admitir que o intérprete retira a validade das normas que buscaram seu fundamento de validade na norma anulada, é admitir a reprovável confusão entre os planos da Ciência e do objeto de estudos.

Sendo assim, todas as hipóteses foram testadas, quais sejam: i - a norma de anulabilidade criada pelo STF não gera nenhum efeito sobre as normas constituídas com fulcro na norma anulada; ii - a norma de anulabilidade extingue, por si só, essa norma constituída com base na norma anulada; iii - se a norma foi anulada com efeitos *ex tunc*, significa que ela nunca foi válida, logo, não é válida a norma anulada e nem os seus efeitos.

A hipótese “ii” e a hipótese “iii” foram testadas e descartadas. A hipótese “i” foi a que subsistiu à nossa análise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1998.

_____. Sobre el concepto de orden jurídico. In:_____. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. **Sobre la existencia de las Normas Jurídicas**. México: Fontamara, 2002.

ALMEIDA, J. C.; MANSUR, João Paulo. **O papel da lógica na teoria geral do Direito: Uma análise da relação jurídica em Lourival Vilanova e Hans Kelsen a partir dos predicados poliádicos**. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI., 2011, Vitória/ES. Anais do [Recurso eletrônico] / XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 9913-9935.

ALMEIDA, Júlio César; OLIVEIRA, Thaís de Souza. **REPERCUSSÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE UM TRIBUTO NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO: ANÁLISE A PARTIR DE PAULO DE BARROS CARVALHO**. In: CONPEDI, XX, 2011, Vitória/ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. P. 6888 – 6926.

ALMEIDA, Júlio César. **Retórica dos Silêncios normativos e lacunas no direito**: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen. Curitiba: Juruá, 2014.

ARAUJO, Luiz; NUNES, Vidal. **Curso de direito constitucional**.10.ed.São Paulo: Saraiva, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das Constituições Rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7.ed.São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 de novembro de 1999. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 10 de maio de 2016.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 28.04.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal A extensão da decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte aos servidores em condições idênticas aos agravantes torna-a ato indeterminado. Ato administrativo normativo genérico. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.202/RN. Procurador Geral da República e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 05.02.2014. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 12.05.2016.)

_____. A noção de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade. ADI 595/ES. Governador do Estado do Espírito Santo e Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Rel: Min. Celso de Mello. Brasília, 26/02/2002. Disponível em:< www.stf.jus.br > Acesso em 29.04.2016.

_____.A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida.. Governador do Estado do

Rio Grande do Sul e Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 28.03.1996. Disponível em: < www.stf.jus.br.> Acesso em 25.04.2016.

_____. Ação de investigação de paternidade declarada extinta, com fundamento em coisa julgada, em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o estado providenciado a sua realização. Repropositura da ação. Possibilidade, em respeito à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade. RE 363889 / DF. Diego Goiá Schmaltz e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 02.06.2011. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 29.04.2016.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade. art. 7º, IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. ADI 1105 / DF. Procurador Geral da República e Presidente da República. Rel: Min. Ricardo Lewandowski, 17/05/2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29.04.2016.

_____. Ampliação de isenções por equiparação. AI 831965/RJ. ETERNITY FUND LTD e outro(a/s) Eunyce Porchat Secco Faveret e outro(a/s) e UNIÃO. Rel: Min. Rosa Weber. Brasília, 28/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 28/04/2016.

_____. Ato normativo que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário e dá outras providências". ADC 12/DF Associação dos Magistrados Brasileiros e Conselho Nacional de Justiça. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 20.08.2008. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 12.05.2016.

_____. Coisa julgada em sentido material - indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade: atributos especiais que qualificam os efeitos resultantes do comando sentencial. RE 592912 AgR / RS. União e Imelda Anna Haab. Rel.

Min. Celso de Mello. Brasília, 03.04.2012. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 29.04.2016.

_____.É cabível o controle concentrado de resoluções de tribunais que deferem reajuste de vencimentos. ADI 2.104 / DF. Procurador Geral da República e Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Rel. Eros Grau. Brasília, 21.11.2007. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 13.05.2016.

_____.Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez. ADPF 54/DF. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS – e Presidente da República. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 12.04.2012. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 30.04.2016.

_____.Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). MI 670 – ES. Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL e Congresso Nacional. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25.07.2007. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 28.04.2016.

_____. Imposto de Importação. Pneus. Benefício fiscal. Redução de 40% do valor devido nas operações realizadas por montadoras. RE 405579 / PR. União e GINAP - Grande Importadora Nacional de Pneus LTDA. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03/08/2011. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 29.04.2016.

_____.Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. ADI 3.664 / RJ. Governador do Estado do Paraná e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 01/06/2011. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 13.05.2016.

_____.Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. ADI n.02/DF. Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN – e Presidente da República. Rel: Min.

Paulo Brossard. Brasília, 06.02.1992. Disponível em:< www.stf.jus.br.> Acesso em 29.04.2016.

_____.Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.Partido Social Cristão e Congresso Nacional. Rel. Min. Cesar Peluzo. Brasília, 08.10.2008. Disponível em:< www.stf.jus.br.> Acesso em 23.04.2016.

_____.Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. ADI 4.048/DF. Partido da Social Democracia Brasileira e Presidente da República. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14.05.2008. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 12.05.2016.

_____.Progressão de regime. Crimes hediondos. RC 4335/AC. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22/10/2014. Disponível em:<www.stf.jus.br.> Acesso em 06.05.2016.

_____.Saldos de prejuízos fiscais do IRPJ e das bases negativas da CSLL. RE 807062/PR. SULBRAVE ONIBUS E PECAS LTDA HENRIQUE GAEDE E OUTRO(A/S) e UNIÃO. Rel: Min. Dias Toffoli. Brasília, 09/10/2014. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em 29.04.2016.

BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plinio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999.

CARACCILO, Ricardo. **El sistema jurídico: problema actuales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4.ed.Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Aurora. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2014

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **COFINS – A lei n. 9.718/98 e a emenda constitucional n. 20/98**. Revista de Direito Tributário, n. 75. São Paulo: Malheiros

_____. **Derivação e positivação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. V.1.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4.ed. São Paulo: Noeses. 2011.

COELHO, Fábio. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva. 2010

FARREL, Diego Martin. **Hacia um critério empírico de validez**. Buenos Aires: Abelodo Perrot. 1992.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **O conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Teoria da Norma jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERRARI, Regina Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FIORIN, José Luiz. A linguagem em uso. In: FIORIN, José Luiz (Org.). **Introdução à linguística: objetos teóricos**. V.I. Contexto: São Paulo. 2003.

_____. **As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo**. 2.ed. São Paulo: Ática, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 10. ed. Petrópolis - RJ: Vozes, 2008

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2011.

GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Distinguendo – estudos de teoria y metateoría del derecho**, trad. De Jordi Ferrer Beltran, Ed. Gedisa. Barcelona. 1999.

_____. **Lezioni di Teoria Costituzionale**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.

GUIBOURG, Ricardo **Teoría general del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

_____. **Derecho, sistema y realidad**. Buenos Aires: Astrea, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 1997.

HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Madrid: Alianza Editorial, 1976.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

JEVEAUX, Geovany. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Gz editora, 2015.

KELSEN, Hans. **Compendio de teoria general del estado**. Trad. Luis Recaséns Siches. México: Colofón, 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Théorie purê du droit**, tr. de la 2^a ed. Alemana, Ch. Eisenmann, Paris, Dallos, 1962.

LANGER, Suzanne K. **An introduction to symbolic logic**. 3.ed. New York: Dover, 1967.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUCHI, José Pedro. **Propedêutica habermasiana ao Direito**. Revista Sofia. Vitória-ES, n.VII, p. 175-200, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: ED. UnB, 1980.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868**, de 10.11.99.2.ed.São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENNE, Albert. **Introducción a la lógica**. 3.ed. Trad. Leopoldo Eulogio Palácios. Madrid: Gredos, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**.10.ed.São Paulo: Saraiva, 2015

MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MORAIS, Dalton Santos. **Controle de Constitucionalidade**: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Volume V.

MOUSSALLEM, Tárek. **Fontes do Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. **Revogação em matéria tributária**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2011.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição Constitucional Tributária**: reflexos nos processos administrativo e judicial. São Paulo: Noeses, 2012.

PELÁ, Carlos. O Ordenamento e as Normas Inconstitucionais. In_____. **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 19--.

PIMENTA, Paulo Roberto. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. IV.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SANTI, Eurico Marcos. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lançamento tributário**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **Lançamento tributário**.3.ed. São Paulo: Saraiva,2010.

SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual**: Pensar sin certezas. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1999.

SCHEREIBER, Rupert. **Lógica del derecho**. Trad. Ernesto Garzón. Buenos Aires: Sur, 1967.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. Lógica jurídica. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003.v.2.

_____. Níveis de linguagem em Kelsen. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003.v.2.

_____.Teoria da Norma Fundamental. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V.1. .

_____. O conceito de direito. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003.v.2.

_____. O problema do Objeto da Teoria Geral do Estado. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. v.1.

_____. **Teoria das formas sintáticas: anotações à margem da teoria de Husserl.** In: _____. Escritos jurídicos e filosóficos. São Paulo: IBET, 2003.v.1

VON OERTZEN, Clarice. Semiótica e investigação do direito. In_____. **Constructivismo Lógico-Semântico.** São Paulo: Noeses, 2014. v.1

_____. Semiótica na Hermenêutica e Interpretação Constitucional. In:_____. **VI Congresso Nacional de Estudos Tributários: Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual.** São Paulo: Noeses ,2009.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984.